

# Cuadernos penales

## José María Lidón

Núm. 9

# Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos

*Ignacio José Subijana Zunzunegui / Reyes Mate / Gema Varona Martínez /  
Helena Soleto Muñoz / Javier Hernández García / Juan Alberto Díaz López /  
Juan Ignacio Echano Basaldua / Cristina de Vicente Casillas /  
Ángel Luis Ortiz González / Fernando Álvarez Ramos /  
Alberto José Olalde Altarejos / Josep M. Tamarit Sumalla*



# **Cuadernos penales**

## **José María Lidón**



# Cuadernos penales

## José María Lidón

**Núm. 9**

Justicia restaurativa,  
una justicia para el siglo XXI:  
potencialidades y retos

**Ignacio José Subijana Zunzunegui**

**Reyes Mate**

**Gema Varona Martínez**

**Helena Soleto Muñoz**

**Javier Hernández García**

**Juan Alberto Díaz López**

**Juan Ignacio Echano Basaldua**

**Cristina de Vicente Casillas**

**Ángel Luis Ortiz González**

**Fernando Álvarez Ramos**

**Alberto José Olalde Altarejos**

**Josep M. Tamarit Sumalla**

Bilbao

Universidad de Deusto

2013

**Consejo Asesor:**

Adela Asúa Batarrita  
Alfonso Aya Onsalo  
Juan Mateo Ayala García  
Juana Balmaseda Ripero  
Itziar Casanueva Sanz  
María Soledad Gil Nobajas  
Inmaculada de Miguel Herrán  
Miren Ortubay Fuentes  
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo  
Federico Ruiz de Hilla Luengas  
Reyes San Emeterio Peña

**Director:**

Juan Ignacio Echano Basaldua

**Secretario**

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto  
Apartado 1 - 48080 Bilbao  
e-mail: [publicaciones@deusto.es](mailto:publicaciones@deusto.es)

ISBN: 978-84-15759-17-1  
Depósito Legal: BI - 1282-2013

## Índice

---

Presentación <i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i> . . . . .	9
Sobre la justicia restaurativa <i>Reyes Mate</i> . . . . .	13
La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico <i>Ignacio José Subijana Zunzunegui / Izaskun Porres García</i> . . . . .	21
Mitología y realidad de la justicia restaurativa. Aportaciones del desarrollo de la justicia restaurativa en Europa y su repercusión en la C.A. de Euskadi <i>Gema Varona Martínez</i> . . . . .	59
Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España <i>Helena Soletto Muñoz</i> . . . . .	77
Fundamento y consecuencias de excluir de la justicia restaurativa ciertas infracciones penales <i>Javier Hernández García</i> . . . . .	107
Dilemas sobre la apreciación de la idoneidad de la mediación: responsabilidad penal de las personas jurídicas <i>Juan Alberto Díaz López</i> . . . . .	129
Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción <i>Juan Ignacio Echano Basaldua</i> . . . . .	157

**Cuadernos penales José María Lidón**

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 7-8

La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación <i>Cristina de Vicente Casillas</i> . . . . .	205
La Justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario <i>Ángel Luis Ortiz González</i> . . . . .	237
Participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil <i>Fernando Álvarez Ramos</i> . . . . .	257
La práctica de la justicia restaurativa en Euskadi: miradas del trabajo social <i>Alberto José Olalde Altarejos</i> . . . . .	277
Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro <i>Josep M. Tamarit Sumalla</i> . . . . .	317



# Presentación

Ignacio José Subijana Zunzunegui  
Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

La presente publicación contiene las aportaciones realizadas por los diferentes intervinientes en las IX Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José M.<sup>a</sup> Lidón celebradas en Bilbao los días 21 y 22 de noviembre del 2012 y organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco. Quisiera aprovechar esta ocasión para expresar mi máximo agradecimiento a Dña. Margarita Uría, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, y a Dña. Victoria Cinto Lapuente, Viceconsejera de Justicia, por el apoyo y atención prestada que es la que, sin duda, ha posibilitado la celebración de estas Jornadas.

Constituye un reto especial, por lo que tiene de íntimo y simbólico, dirigir unas Jornadas concebidas en homenaje a José María Lidón (hombre, esposo, padre, juez y profesor), víctima directa de la macrovictimación terrorista protagonizada por ETA. Y para abordar tan relevante tarea he contado, además de con la generosa contribución de los ponentes y partícipes, con la inestimable ayuda (y diría, también, comprensión) de un elenco de personas, entre las que quisiera destacar, por su entrega y compromiso, a Dña. Isabel Germán Mancebo, investigadora del Instituto Vasco de Criminología y magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Sirvan estas líneas de público reconocimiento a su labor.

Entendimos (y hablo en plural porque, tal y como ha quedado referido, ha sido una labor de equipo) que la mejor manera de recordar a José María era hablar de un valor que le apasionaba y por el que la barbarie de ETA segó su vida (que no su recuerdo, que siga anidando en nosotros): la Justicia. En concreto, estimamos que era preciso reflexionar sobre un modelo de Justicia que visibiliza más que ninguno la centralidad de las víctimas (del terrorismo y de otras formas de victimización) en el modo y manera de articular la respuesta a una infracción penal (o, incluso, a otro tipo de ilícitos no penales): la justicia restaura-

tiva. Y pretendimos hacerlo con una perspectiva, una metodología y un objetivo definidos.

La perspectiva tenía que ser transdisciplinar y global, dado que la justicia restaurativa es una construcción de la que forma parte el Derecho pero que también la integran, entre otras ciencias, la Victimología, la Criminología, la Psicología Social y la Sociología, y cuyo origen y desarrollo tiene a los países de cultura anglosajona como referente esencial. Esta perspectiva explica que, junto a ponentes procedentes del mundo del Derecho existan otros que provienen de las otras Ciencias concernidas, y también justifica la atención prestada a la legislación y cultura práctica proveniente de otros países más experimentados en la materia. Se perseguía con ello crear una cultura de encuentro desde disímiles posiciones analíticas y divergentes métodos de acercamiento.

La metodología tenía que permitir el análisis concentrado de los diferentes perfiles que presenta la Justicia restaurativa. Por ello, se diseñaron tres bloques temáticos: el primero circunscrito al significado innovador y la viabilidad de la justicia restaurativa, procedimental y terapéutica en nuestro ordenamiento jurídico; el segundo, ceñido a la idoneidad e igualdad en relación con los límites objetivos, subjetivos, estructurales y culturales de la justicia restaurativa; y el tercero vinculado a la mejora de los protocolos de actuación a través de la cooperación entre diferentes profesionales en la aplicación de técnicas de justicia restaurativa. Como colofón, se diseñó una ponencia de clausura respecto a las perspectivas de futuro de los procesos restaurativos. En cada uno de los bloques temáticos, se configuró una ponencia marco —a modo de introducción de cuestiones problemáticas y sugerencia de análisis— y una mesa redonda —como estructura de análisis específicos de temas concretos—.

Finalmente, el objetivo debía ser ambicioso, pues la ambición, como expresión de la generosidad comprometida, formaba parte del equipaje vital de José María Lidón. Así lo pude sentir en la última vez que le vi, con ocasión de unas Jornadas de Derecho Penal que dirigió en octubre de aquél fatídico 2001, en Vitoria-Gasteiz. Y para ello nos planteábamos ni más ni menos que las potencialidades y retos de la justicia restaurativa como justicia para el siglo *xxi*. Es decir, con una orientación claramente evolutiva, se perseguía detectar dónde se encuentran las claves de entendimiento de la justicia restaurativa, analizar qué puede dar de sí la justicia restaurativa, y apuntar dónde se ubican los desafíos a los que se enfrenta.

Para cumplir este programa se contó con mimbres de primera calidad. No procede que yo realice un panegírico de los diferentes intervinientes. Únicamente puedo decir que la ilusión y compromiso que han

puesto en este proyecto me enorgullece como Director de las Jornadas. En todo caso, existe un elemento de contraste indiscutible para valorar la calidad de sus aportaciones: la lectura de los escritos integrados en esta obra. Apelo, por ello, al buen criterio de cada lector para formarse una fundada opinión al respecto.

Termino con una reflexión, que publiqué con ocasión de un artículo confeccionado en el año 2011 en homenaje al maestro Antonio Beristain, que ahora, teniendo en cuenta los movimientos políticos que guían la política pública en materia judicial y los resultados normativos por ellos ofrecidos, parece especialmente pertinente reproducir:

«Las circunstancias actuales son complejas. Parece que estamos inmersos en una crisis sistémica que anuncia el tránsito de la posmodernidad —anclada en el hacer productivo— a la transmodernidad —vinculada al ser constructivo—. Un número relevante de los movimientos sociales son, por lo tanto, deconstructivos —se diseñan de la persona hacia fuera— y están desembarazándose de la gobernanza por el crecimiento —que conduce al caos por la abundancia de los menos y la exclusión de los más— para acoger un modelo de decrecimiento —que favorece el equilibrio al promover la inclusión de los más por la neutralización de la voracidad de los menos—.

Estas dinámicas que confieren a la persona un valor vertebral están llamando a las puertas del sistema judicial. Para percibir las los jueces debemos estar atentos a las tendencias sociales sumamente cambiantes en un entorno volátil y global, alimentar la conexión con la sociedad, haciendo entendibles nuestros mensajes y trasladar confianza en que lo institucional es un espacio en el que, sin opacidad ni arbitrariedad, los integrantes de la comunidad se reconocen como ciudadanos iguales en derechos y deberes. La mejor manera de hacerlo es vindicando diariamente la justicia del caso concreto, lo que permite que cada proceso disponga del tiempo necesario para obtener un conocimiento de lo ocurrido y una «concepción» de lo acontecido, premisas indispensables para una decisión fundada en buen derecho. La justicia, en definitiva, que atendiendo al cuánto es consciente de que su valor está en el cómo. A esta concepción responde la justicia restaurativa al promover modelos de respuesta que priorizan las necesidades de las personas que, por disimiles avatares de la vida, postulan de cada uno de sus jueces y tribunales la tutela efectiva de sus derechos».

A esta concepción de la justicia al servicio del ser humano responde este libro. Espero que tras su lectura el lector sienta que esta publicación es una humilde aportación en tal sentido.



# Sobre la justicia restaurativa

Reyes Mate

Profesor de Investigación de Filosofía, CSIC

1. Este encuentro tiene por objetivo la justicia restaurativa. Aunque no sea jurista, me siento interpelado por la convocatoria porque la justicia restaurativa no es sólo una variante del derecho penal, sino también una cultura, una variante de la «filosofía práctica», de esa teoría de la justicia que se sitúa entre la política y la moral.

Podemos hablar de una justicia penal restaurativa pero también de una teoría filosófica de la justicia restaurativa, que sería como el marco general del derecho restaurativo.

¿En qué consiste ese marco general que llamamos justicia restaurativa o reconstructiva? Es un enfoque singular de la justicia. La justicia canónica está centrada en el autor del daño que es el sujeto de la injusticia. Esa preferencia está implícita en el término castellano de «justicia» que puede entenderse como una virtud o como sinónimo de veredugo: *el justicia* es el que ajusticia. Pese a esta lejanía semántica hay algo en común entre ambas significaciones si recordamos que la justicia tiene que ver sobre todo con una intervención sobre el culpable, quedando en segundo lugar la atención al sujeto pasivo del daño.<sup>1</sup>

Cuando la filosofía práctica se ha preguntado por la maldad del crimen, ha buscado en algunas de estas tres direcciones: la autoridad de la ley, la seguridad de la sociedad o la educación del culpable.

Según el antropólogo M. Maus, la justicia empieza siendo la sanción aplicada a quien transgrede una prohibición sagrada y acabará siendo la sanción por la transgresión de una ley. La ley es el trasunto secular del tabú y la justicia consistirá en uno y otro caso en restaurar la autoridad del tabú o de la ley.

---

<sup>1</sup> Paul Ricoeur ha visto en esa tendencia un resto de venganza a la que el famoso garantismo trataría de darle un aire de civilidad, cf. P. RICOEUR: «Justice et vengeance», *Le Juste* 2, Editions Esprit, 2001, Paris, 257-266.

Otro eje explicativo es el discurso político-económico que se articula en torno a los intereses inmanentes de una comunidad amenazada. La justicia (y el castigo) tienen que ver con la defensa de los intereses, incluso de los valores, de esa sociedad. Hacer justicia significará neutralizar al peligroso con la cárcel o el internamiento psiquiátrico.

El tercer eje es de tipo psicopedagógico y pretenderá la recuperación social del condenado mediante la pena. La justicia y el castigo están en función de la educación o regeneración del individuo.

Autoridad de la ley, defensa de la sociedad, educación del individuo serían los conceptos vertebradores de justicia subyacente al derecho penal occidental.

Si nos fijamos bien observamos que de estos tres sistemas explicativos están ausentes las víctimas, es decir, los afectados por la injusticia. Ausencia notable porque cuando reaccionamos espontáneamente ante un atropello con un «no hay derecho» apuntamos en la dirección de la víctima. Nos indignamos no porque se conculque un artículo del derecho penal sino contra el daño que se hace a la víctima. Hasta que llega el derecho y la hace invisible.

Pues bien, la justicia restaurativa pone en el epicentro la figura de la víctima. *La cultura reconstructiva* se llama así porque la injusticia es vista como una acción que no afecta a una ley o a una persona sino a la sociedad ya que destruye una relación interpersonal que la justicia debe reconstruir.

2. El interés por la víctima ¿a qué se debe? No tiene una única causa porque si muchas han sido las razones de su invisibilización a lo largo de los siglos, muchas han tenido que ser las causas que han concurrido para hacerlas visibles. Factores que han cooperado en esa invisibilización han sido el prestigio de la violencia, la autoridad del progreso o el desprestigio del cuerpo (castigar los cuerpos para salvar las almas). Todo eso ha habido que remover para poder hablar hoy de las víctimas. Quiero mencionar, aunque no sea más que de pasada, el peso que ha tenido la ética feminista y de la filosofía de la memoria.

La atención a la víctima es una novedad epocal, aunque cuenta con algunos antecedentes que conviene tener presentes. Me refiero en concreto al debate entre Hegel y Kant sobre el derecho penal. Hegel se pregunta en qué consiste la maldad del crimen y se recuerda a sí mismo que, para Kant, la respuesta consistía en la violación de la autoridad de la ley moral (esa que nos damos todos pero que tiene la autoridad de Dios). Hegel se distancia del filósofo de Königsberg y prefiere poner el acento en el daño a la sociedad o, incluso, a la ley, pero entendida como la expresión de los valores sociales.

La justicia, en el caso de Kant, consistía en restaurar la autoridad de la ley violada, dejando caer el peso de la ley. Para Hegel, sin embargo, la justicia va unida al término de reconciliación (un tema mayor de la filosofía hegeliana), i.e. la idea de justicia remite a los actores: a las víctimas, a los victimarios y a la sociedad en su conjunto.

Lo interesante en Hegel es ver cómo se reubica cada actor en el entramado social: el criminal siente que al matar ha convertido a la víctima en su destino. Su felicidad queda ligada a la vida negada. Nadie como el Raskolnikov que creó Dostoievski en *Crimen y Castigo* expresa ese destino.

Lo que me interesa señalar es el deslizamiento de Hegel: ha empezado hablando del derecho penal para acabar proponiendo la justicia como reconciliación, pero si miramos más de cerca observamos que para que haya reconciliación hay que poner en juego elementos que escapen al derecho penal, en concreto, la conciencia de culpa moral. Claro, el criminal tiene que reconocer que es el autor del crimen, pero Hegel pide más: que reconozca la culpa, en el sentido moral, i.e. como la cicatriz que deja en uno el daño que hace al otro.

Si queremos hablar de reconciliación hay que hablar de culpa moral. Remito a la obra de Karl Jaspers, *La cuestión de la culpa* (Paidós, Madrid, 1998) para distinguir entre culpa penal, culpa moral y culpa política.y metafísica. Un crimen puede tener todas esas dimensiones que hay que tener en cuenta. Eso significa que hay que saber distinguir entre ellas. Jean Lacroix, en *Filosofía de la culpabilidad* (Herder, Barcelona, 1980) insiste en que el juez sólo puede juzgar hechos, no acciones (sentido); al personaje, no a la persona porque esta está por encima de su crimen (hecho malo). Pero tienen relación en el sentido de que todos concurren en el proceso de reconciliación hegeliana.

3. Los momentos de esa reconciliación son, a mi modo de entender, éstos: memoria (Hegel como Descartes desprecian la memoria), culpa, arrepentimiento y solicitud del perdón.

- a) La memoria en el contexto de la reconciliación. No vale cualquier memoria. Las hay una que alimenta el resentimiento, por eso hablamos de la memoria de la víctima, es decir, de una memoria del sufrimiento del otro y de la injusticia. La reconciliación sólo es posible si el punto de partida no es el olvido, la abstracción, sino la memoria de la injusticia. Eso deja fuera de juego las teorías procedimentales, discursivas o deliberativas que proponen la estrategia de —para establecer criterios universales de justicia— hacer abstracción de las injusticias. Eso es inaceptable aunque lo digan Rawls, Habermas o Apel.

- b) La culpa es penal y moral. Interesa ésta porque la penal es evidente. No confundirla con la culpabilidad religiosa que es «ante Dios». La culpa moral es el reconocimiento del daño que se hace a uno mismo, haciendo daño al otro. No perdamos de vista la gran paradoja de la culpabilidad: pedimos conciencia, lucidez sobre el alcance de una acción, pero de una acción que por principio mina esa lucidez. Por eso choca tanto hablar de culpa: hay como una especie de anestesia social (esto es evidente en la sociedad vasca).
- c) El arrepentimiento consiste en tomar medida de la dimensión del crimen: atentado a la ley, daño al otro y daño a uno mismo. Cuando Raskolnikov se da cuenta de todo esto (y tarda en hacerlo porque es un proceso como bien se ve en Lady McBeth), no elude el castigo, pudiendo hacerlo (ya estaba descartado como autor del crimen), sino que se entrega y acepta el castigo, el sufrimiento, como expiación, como el precio de su salvación moral. En mi encuentro con presos ex-etarras en Nanclares de Oca, algunos presos se negaban a arrepentirse de sus ideas, pero es que el arrepentimiento no es de ideas (de eso se discute, argumenta y se convence) sino de hechos, de hechos violentos. El arrepentimiento llega a la conclusión de que «mejor que aquello no hubiera ocurrido». Pero, ojo, esta conclusión no se debe a que haya resultado más rentable, en términos de poder, jugar a la democracia que pegar tiros, sino al reconocimiento de que la violencia ha causado daños irreparables en los demás y en uno mismo con los que habrá que convivir.
- d) La petición del perdón. Hay que distinguir entre solicitud del perdón y concesión. La petición es condición indispensable para la reconciliación, mientras que la concesión sería su completud. Con la petición se logra la recuperación para la sociedad del victimario. Si no se otorga lo que se muestra es que la cicatriz sigue, aunque la herida haya sido suturada. La petición es la lógica consecuencia del reconocimiento de la culpa penal y moral.

Suelo decir que el perdón es gratuito pero no gratis. No es gratis pues algo tiene que poner de su parte el criminal. Derrida parece querer decir otra cosa cuando habla de que «el perdón es de lo imperdonable», es decir, gratis. Pero en el fondo decimos lo mismo: el perdón siempre sale gratis porque *no hay manera de comprarle aunque se «pague» con el arrepentimiento*. Ahora bien, de cara a la reconciliación social, el victimario no puede ser un sujeto pasivo: se le necesita, se necesita su presencia activa, se necesita que haga ese proceso que lleva a



la solicitud del perdón. Pero siempre es «gratuito»: la víctima puede o no perdonar. Y cuando perdona es a sabiendas de que el valor del crimen no tiene precio con que pagarlo

4. Si bajamos de la teoría a la práctica y nos preguntamos si el adiós a las armas de Eta ha supuesto un avance en el proceso de reconciliación ¿qué se puede decir? Desde luego, ha supuesto un alivio para la existencia cotidiana, pero ¿ha avanzado la convivencia? Dudas razonables: a) las elecciones vascas han supuesto para muchas víctimas y otros muchos una evidente frustración por el triunfo de los violentos y de los amigos de los violentos. Hemos entrado en un proceso de «normalización» que para muchos significa pasar página; b) la frustración se traduce en crítica al Tribunal Contitucional por no haber ilegalizado a Bildu, desconociendo el alcance de la legalidad y, si se me apura, la generosidad de la democracia con sus propios enemigos; c) mi pregunta es si no somos todos responsables de esa peligrosa «normalización» (el peligro no se refiere a la ausencia de la violencia, sino al de pasar página). ¿ Por qué digo «todos»? Porque todos, también las víctimas, hemos apostado por centrar el debate en la culpa penal; nos ha preocupado la legalidad del crimen: si hay que ilegalizar a un partido político, que si el cumplimiento íntegro de las penas, que si la obtención de beneficios penitenciarios.

Claro que la impunidad es importante y no se puede aceptar, pero para la reconciliación social cuenta tanto o más la culpa moral que es la que posibilita un cambio interior y por tanto otra política. Recordemos que los daños morales no siempre son tipificados como delitos, pero son daños sociales entregados a la conciencia social.

Somos responsables de no haber cuidado ese debate y de no haber estado atentos a los retos o señales que nos venían desde el otro lado. Cuando desde Bildu y su entorno alguien hablaba de pedir perdón, no nos lo tomábamos en serio porque dudábamos de que fueran sinceros o porque nosotros no le damos importancia. Y eso es un problema.

5. Quisiera explicitar esa atención a las señales que vengan de ese mundo analizando La carta de *Txelis*, «Pedir perdón desde el sufrimiento de las víctimas», y la respuesta de Mikel Azurmendi<sup>2</sup>.

La carta de Chelis merece todo el respeto. Es una análisis crítico, responsable, que termina así: «habiendo sido durante años militante

---

<sup>2</sup> Ambos escritos han sido publicados por la web Fronterad: [www.fronterad.com/?q=print6433](http://www.fronterad.com/?q=print6433)

de Eta soy plenamente consciente de la responsabilidad que ello conlleva para con las numerosas víctimas que ha generado Eta... estoy profunda y sinceramente arrepentido... pido públicamente perdón de todo corazón...»

Por mi parte, me permito tres consideraciones que dividiría en los siguientes apartados:

- a) Lo encomiable de la carta que se substancia en reconocer el daño, el arrepentimiento, la solicitud del perdón. Sobre este particular precisa que no espera ningún favor sino que lo hace porque lo considera un gesto humano que dignifica; también le mueve a ello la esperanza de que ese gesto ayude a realizar el duelo de los familiares.
- b) Lo discutible de la carta. Resulta discutible que Txelis se asigne, por el hecho de perder perdón, una dignidad y humanidad que podríamos calificar de precipitada. Nadie pierde la condición humana por un hecho y nadie recupera la humanidad perdida, con un gesto. La cosa es más complicada: un acto criminal «enferma el alma», atenta contra la humanidad del autor que la ve disminuida en cierta medida. ¿En qué consiste esa «autolesión»? En empobrecer la autonomía, en desgastar el poder de la propia conciencia. Tras el crimen el criminal queda a merced del otro. Es lo que Hegel llamaba «destino». No es el perdón el que devuelve la humanidad o la dignidad perdida. Esa conquista es un proceso cuyo centro es la relación entre el daño al otro y el daño a sí mismo; entre el empobrecimiento de uno y la autoridad del otro. Volviendo al ejemplo de Raskolnikov: él no ve dignidad en su arrepentimiento, sino en el sufrimiento que se merece. Eso le sirve de expiación, de purificación, y, al final, de vuelta a la vida.
- c) Finalmente, lo ausente. Ausencia de la dimensión social del crimen: ha hecho daño al otro, se ha hecho daño a si mismo, pero también la sociedad, que ha victimizado. Su solicitud de perdón debería dirigirse también a la sociedad dañada. Ahora bien, ¿qué significa «pedir perdón» a la sociedad? Reconocer, en primer lugar, el alcance del daño causado con la acción criminal: ha fracturado la sociedad, la ha enfrentado, envilecido y empobrecido. «Pedir perdón» tiene que ver con superar la fractura y realimentar la sociedad. Si el eje de la fractura pasa por la ideología en cuyo nombre se ha matado, hay que repensar esas ideas «nacionalistas» en cuyo nombre se ha matado. El pedir perdón obliga a quien lo solicite el plantearse la política en términos postnacionales y no ya nacionalistas.

La respuesta de Mikel Azurmendi me parece un ejemplo de debate entre intelectuales demócratas. Empieza diciendo que «hay que aplaudir la personal reflexión moral del ex dirigente de Eta», pero la encuentra insuficiente en un punto clave: no reflexiona sobre el daño a la sociedad («la gran víctima»), i.e. falta la dimensión política del daño. Si el terrorismo etarra tenía intención política, al tener lugar en un contexto democrático, ese terrorismo resulta particularmente dañino. Y describe sus daños: fractura social, perversión del lenguaje, de la historia, envilecimiento de la vida social (los demócratas eran tratados como traidores y los matones como héroes), freno al desarrollo económico, freno al progreso moral de la ciudadanía...

Estos aspectos «políticos» no deberían descartarse de una reflexión «moral» como la que pretende *Txelis* porque forman parte de la ética cívica. Señala dos momentos particularmente peligrosos en su discurso: cuando dice que el objetivo de su autocrítica es erradicar «definitivamente todo tipo de violencia especialmente la violencia de intencionalidad política», Azurmendi se pregunta ¿de qué está hablando? ¿de equiparar la violencia de Eta con la del Estado? Ese lenguaje suena al de Eta, al del nacionalismo radical, al de Setién que cita... ¿Es violento el Estado español cuando encarcela a los terroristas?, ¿habría que resolver las cosas dialogando con los pistoleros?

La segunda pregunta crítica que le dirige se refiere a un momento de la carta en la que se dice que vivimos en un país «tejido de tantos encuentros y desencuentros» que tenemos que aportar lo mejor de nosotros mismos para superar esos desencuentros. Esos desencuentros, se pregunta Azurmendi, ¿son entre visiones alternativas en el sentido de que las dos valen democráticamente o entre una que es democrática y otra que es totalitaria?

Azurmendi recomienda a Chelis que ponga su inteligencia al servicio de la verdad y desmonte los mitos sobre la nación vasca, sobre la lengua, sobre la historia o las historias inventadas. Se despide reconociendo que la carta es el principio de un diálogo al que él está dispuesto.



# La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Doctor en Derecho

Izaskun Porres García

Juez Sustituta. Doctoranda en Derecho

El origen de la justicia es la experiencia de la injusticia.

Reyes MATE

## I. A modo de introducción

La crisis del sistema de justicia de corte punitivista ha provocado, entre otras consecuencias, el surgimiento de modelos alternativos de justicia, integrados en un movimiento más amplio denominado *Comprehensive Law*, entre los que tiene cabida, fundamentalmente, la justicia terapéutica, la justicia restaurativa y la justicia procedimental<sup>1</sup>. Su nota común es promover una intervención del sistema judicial que tenga como punto referencial las necesidades de los infractores y las víctimas. Una, la justicia terapéutica, centra su atención en las implicaciones que la aplicación de la ley por parte de los tribunales tiene en el desarrollo vital de los sujetos implicados; otra, la justicia restaurativa, promueve la reparación del daño causado a la víctima mediante canales de respuesta diseñados cooperativamente por el infractor y la propia víctima a través del espacio pergeñado por un facilitador; finalmente, la justicia procedimental pone el acento en el modo y manera en el que se imparte justicia.

---

<sup>1</sup> J. TAMARIT: «La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico», *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicación práctica*, J. TAMARIT (coord.), Comares, Granada, 2012, p. 17; N. PEREDA: «Nuevas formas de justicia para menores víctimas: procesos restaurativos», *La justicia restaurativa: desarrollo...*, pp. 138-142.

La presente reflexión no pretende ofrecer una panorámica general de los citados modelos de justicia. La citada perspectiva excede de los límites de este trabajo y también, por qué no decirlo, de las posibilidades de sus autores. Simplemente se procederá a destacar las características generales de cada tipo de justicia para, a continuación, encontrar posos de la misma en nuestra legislación penal, sustantiva y procesal.

## II. La justicia terapéutica

La justicia terapéutica propone y articula respuestas rehabilitadoras para las personas condenadas por ilícitos penales que presentan riesgos criminógenos vinculados, fundamentalmente, a la presencia de patologías mentales, a la existencia de adicciones al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, y a la concurrencia de alteraciones conductuales por distorsiones cognitivas o deficiencias emocionales. De ahí que su campo de actuación más genuino se centre en los casos penales que implican a sujetos con problemas de toxicomanías, alcoholismo, salud mental, o que implementan contextos violentos en el orden intrafamiliar<sup>2</sup>.

Su hábitat teórico, en el campo criminológico, es la Criminología evolutiva que entiende que una modificación significativa de las circunstancias personales, familiares, profesionales y sociales que jalonan la biografía de una persona puede alentar una narrativa de cambio vital presidida por el despegue de hábitos que nutren el riesgo de recidiva. Entre las circunstancias más relevantes se encuentran las adicciones y patologías que constriñen la libertad para actuar conforme a las pautas pergeñadas por el orden jurídico.

En la justicia terapéutica el juez, con una mentalidad transdisciplinar, es el agente institucional que posibilita la articulación de recursos terapéuticos. Para ello adopta, en cada caso, los remedios previstos legalmente que, por una parte, posibilitan el tratamiento facultativo y, por otra, dinamizan los servicios sociales de apoyo y control<sup>3</sup>. En concreto, se sostiene que los jueces tratan de resolver el caso judicial ac-

---

<sup>2</sup> M. HERRERA MORENO: «Rehabilitación y restablecimiento social. Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de teoría jurídica terapéutica», *Las penas y medidas de seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 196.

<sup>3</sup> Como señala HERRERA MORENO la combinación de una ley terapéutica y una terapia legalmente controlada puede generar una positiva sinergia de efectos. M. HERRERA MORENO: «Rehabilitación...», p. 174.

tuando sobre el problema que los produce a través de actuaciones complementarias de diversa índole como:

- Conectando a los penados con los recursos comunitarios existentes.
- Motivándoles, a través de un uso creativo de la autoridad, a aceptar un tratamiento o seguir un proceso formativo o rehabilitador, fijando un marco de compromiso conductual y controlando su cumplimiento.

Se ha llegado a decir que son juzgados que aplican un planteamiento de salud pública a problemas sociales y conductuales que causan un sufrimiento individual y un deterioro en la calidad de vida de la comunidad<sup>4</sup>. Por ello busca en la ley penal los mecanismos que permiten la implementación de estrategias de rehabilitación que debiliten los factores criminógenos y coetáneamente vigoricen los mecanismos de protección del riesgo de recidiva<sup>5</sup>. Se trata, en definitiva, de un ejercicio teleológico de la jurisdicción tendente a averiguar qué soluciones legales funcionan y por qué a partir de una premisa verificable: la ley y su aplicación puede producir consecuencias terapéuticas y antiterapéuticas<sup>6</sup>.

Estas variables que identifican a la justicia terapéutica tienen una nítida acogida en la regulación que el Código Penal contiene en dos materias<sup>7</sup>:

- Las medidas de seguridad previstas para sujetos que han cometido un ilícito penal con una imputabilidad excluida o mermada

---

<sup>4</sup> WESLER, D./WINICK, B.: «La transformación del papel de la Justicia», *www.therapeuticjurisprudence.com*.

<sup>5</sup> N. PEREDA: «Nuevas formas de justicia para menores...», p. 139.

<sup>6</sup> E. MARTÍNEZ: «La posible intervención de la víctima en el proceso rehabilitador del maltratador: la mediación penal en los procesos por violencia de género», E. MARTÍNEZ/J.C. VEGAS: *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant Monografías, 763, Valencia, 2012, p. 252.

<sup>7</sup> No son las únicas. También tiene especial relevancia en este plano la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, tras la entrada en vigor de la Lo 5/2010, de 22 de junio, además de en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, podrán consistir, también, en participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. VEGAS valora positivamente este componente terapéutico como factor de concienciación personal para adecuar la conducta en el sentido exigido por el orden jurídico. Así J.C. VEGAS: «Fundamentos, naturaleza jurídica y formas de aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad», *La ejecución...*, p. 56, o N. TORRES: «Una lectura en clave reparadora de las sanciones penales: la sanciones de cumplimiento en la comunidad», *La justicia restaurativa...*, pp. 163 y ss. También, M. HERRERA MORENO: «Rehabilitación...», pp. 198 y ss.

por padecer una patología mental (no así para los sujetos imputables que, como se verá, responde a una filosofía inocuidadora, más que rehabilitadora) y que presentan un riesgo definido de recidiva —la peligrosidad criminal postdelictual—.

- Los supuestos de inejecución condicionada o sustitutiva de la de prisión para personas con adicción al consumo de alcohol o de otras pena drogas o que han cometido delitos de violencia de género e intrafamiliar.

### 1. *Las medidas de seguridad para personas con anomalías o alteraciones psíquicas*

El juicio de imputabilidad depende de que al sujeto activo se le pueda reprochar el delito cometido porque, al ser susceptible de motivación por la ley penal, estaba en condiciones de adaptar su conducta a lo exigido por el orden jurídico<sup>8</sup>. El Código Penal niega esta imputabilidad, entre otros<sup>9</sup>, a los que padecen una alteración o anomalía psíquica que les impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (artículo 20.1.º CP). Si, presente la anomalía o la alteración, se produce una limitación de la capacidad de comprensión del carácter prohibido del hecho o de la capacidad de autoconducción en los términos exigidos por la ley penal, existirá una imputabilidad disminuida que se incardina en los artículos 21.1.º o 21.7.º del Código Penal.

El precepto responde al denominado sistema mixto, en el que confluyen un elemento biológico-psicológico y otro normativo<sup>10</sup>.

El elemento biológico-psicológico se describe en términos laxos. Frente a la fórmula legal anterior (que hablaba de enajenado mental) la ley penal vigente exige la presencia de una anomalía o alteración psíquica, lo que ha permitido sostener que se trata de una fórmula

<sup>8</sup> J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Aspectos generales de la imputabilidad», *Estudios de Derecho Judicial*, 110, 2006, p. 26.

<sup>9</sup> También al que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o se hallen bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia de tales sustancias (artículo 20.2.º CP), o al que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (artículo 20.3.º CP).

<sup>10</sup> Un desarrollo más amplio J.J. SUBIJANA: «El Código Penal ante la enfermedad mental y la peligrosidad», *Revista del Poder Judicial*, 89, 2009, pp. 209 y ss.



abierta<sup>11</sup> en la que encuentran cabida todas las desviaciones psíquicas que incapaciten al sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión. En términos generales, por anomalía psíquica se hace referencia a una disfunción que afecta a la normalidad psíquica del sujeto y por alteración psíquica a una disfunción mental sin carácter patológico, comprendiendo las desviaciones anímicas y de carácter. En esta definición normativa encuentran cabida las enfermedades mentales en sentido estricto así como los trastornos de la personalidad y del comportamiento<sup>12</sup>.

En este punto los conocimientos médicos que se aporten al proceso serán determinantes, lo que atribuye una especial significación a la prueba pericial que, como las demás, deberá ser ponderada de forma racional y motivada por el operador judicial. En concreto, la valoración de la prueba pericial será compatible con el estándar de racionalidad cuando sea conciliable con los conocimientos técnicos validados científicamente. Para ello es necesario que el juez verifique que la conclusión científica tiene un fundamento fáctico, que en la elaboración del dictamen se ha utilizado una metodología homologada científicamente y que la conclusión obtenida sea aplicable a lo sucedido de manera empíricamente comprobable<sup>13</sup>.

El elemento normativo precisa que el sujeto sea motivable por la norma penal, situación que acaece cuando comprende la ilicitud del hecho y se encuentra en condiciones de auto-conducirse en términos compatibles con las exigencias normativas. Por lo tanto, la capacidad de culpabilidad precisa un estado psicológico del autor y, cumulativamente, como consecuencia normativa, la imposibilidad de actuar conforme a las exigencias del orden jurídico, sea porque no pudo comprender la antijuridicidad de su acción o porque no pudo comportarse de acuerdo con tal comprensión (SSTS de 2 de julio de 2001, 26 de mayo y 18 de junio de 2009). En estos casos es fundada la conclusión de que el autor no pudo autoconducirse en los términos exigidos por

---

<sup>11</sup> La descripción normativa —anomalía o alteración psíquica— alude a un número indeterminado de conceptos psicobiológicos que no se contraen exclusivamente a la enfermedad mental. E. DE LLERA: «Aspectos generales de la imputabilidad», *Estudios de Derecho Judicial*, 110, 2006, p. 138.

<sup>12</sup> Como señala la STS de 22 de septiembre de 2003 la sustitución legal de la expresión «enajenación mental» por la de «anomalía o alteración psíquica» permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad.

<sup>13</sup> J. HERNÁNDEZ: «Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?», *Jueces para la Democracia*, 54, 2005, p. 75.

el orden jurídico (SSTS de 16 de noviembre de 2005 y 16 de abril de 2011), en la medida que no se puede desobedecer una norma cuando no existe la posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta o se carece de la capacidad de dirigir la misma en el sentido de la prohibición o mandato contenido en la norma<sup>14</sup>.

Este elemento pone el acento de la imputabilidad en la aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a lo demás motivos que puedan condicionarla (SSTS de 22 de septiembre de 2003 y 14 de mayo de 2008).

Una persona que presenta una anomalía o alteración psíquica y comete un injusto antijurídico puede encontrarse, desde el prisma exigido por el juicio de imputabilidad conforme al modelo mixto, en una triple situación:

- Con una nula o nimia capacidad para ser motivado por la norma penal. En este caso, carece de capacidad de culpabilidad; por lo tanto, no se le puede reprochar el hecho antijurídico cometido, lo que impide imponer una pena. Habrá que plantearse si procede la aplicación de una medida de seguridad, sanción penal que precisa, como analizaremos a continuación, la apreciación de una peligrosidad criminal.
- Con una limitada capacidad para ser motivado por la norma penal. En este supuesto, la capacidad de culpabilidad está restringida y, consecuentemente, el reproche por el acto antijurídico cometido menguado, lo que justifica la fijación de una pena atenuada. Ésta última pena puede convivir con una medida de seguridad siempre que, además del reproche devaluado, exista una peligrosidad criminal.
- Con una plena capacidad para ser motivado por la norma penal. En esta hipótesis el sujeto es plenamente imputable, lo que legitima la imposición de la pena ordinaria. Sin embargo, sigue padeciendo una anomalía o alteración psíquica. Por ello conviene que en la sentencia se recoja este extremo para permitir la actuación individualizada y específica en el marco de la ejecución penitenciaria<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> S. MIR: «Límites del normativismo en Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, Granada, 2005, p. 22.

<sup>15</sup> C.F. FABREGA: «Situación de deficientes y enfermos mentales en prisión. Realidad y alternativas a la luz de la discusión sobre los fines de la pena», *Estudios de Derecho Ju-*

Por lo tanto, tal y como ha quedado referido, la imputabilidad excluida o limitada precisa deslindar si existe peligrosidad criminal y, presente la misma, justifica articular una respuesta específica, la medida de seguridad, una de cuyas vertientes, como analizaremos, es estrictamente facultativa. Ambos planos presentan manifestaciones específicas de la justicia terapéutica.

Así, la peligrosidad debe asentarse en datos objetivos debidamente probados en el proceso<sup>16</sup>. Al estar orientada hacia el futuro su apreciación implica un juicio probabilístico que se fundamenta en una prognosis fundada en criterios predictivos asentados en la comunidad científica. Predecir un fenómeno futuro es una tarea compleja que requiere, salvo que se quiera fomentar un decisionismo intuitivo, conocer qué factores predictores se asocian a determinada conducta o comportamiento<sup>17</sup>. En el campo científico se promueve la idea de asociar la valoración del riesgo en función de la peligrosidad del autor, la vulnerabilidad de la víctima y la existencia de contextos criminógenos específicos.

El juicio de peligrosidad se articula en dos momentos (SSTS de 4 de mayo de 2010 y 2 de febrero de 2011): la comprobación de la peligrosidad específica (diagnóstico de peligrosidad) y la verificación de la relación entre dicha peligrosidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis

---

*dicial*, 110, 2006, p. 299. En la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), existen plurales referencias a la asistencia sanitaria que la Administración Penitenciaria tiene que ofrecer a los penados con anomalías psíquicas: el artículo 36.1 LOGP habla del cuidado de la salud mental de los internos; el artículo 37.b LOGP exige que cada establecimiento cuente con una dependencia destinada a la observación psiquiátrica; el artículo 39 LOGP dispone cómo deben de realizarse los diagnósticos psiquiátricos, y, finalmente, el artículo 208 RP garantiza que los internos tengan una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población, incluidas las prestaciones farmacéuticas y complementarias básicas que se deriven de tal atención a través de medios propios o empleando medios concertados con las Administraciones sanitarias correspondientes. De forma complementaria, y siempre que no existan razones específicas de seguridad que justifiquen limitar este derecho, los penados podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias, según prevé el artículo 36.3 LOGP.

<sup>16</sup> Las STS de 11 de junio de 2009 deja constancia de que la peligrosidad criminal no puede presumirse, debiendo ser cumplidamente establecida en el proceso.

<sup>17</sup> La probabilidad de que las cosas no vayan como se espera son elevadas, cuando está implicado el futuro. Cualquier fenómeno violento es complejo, lo que lo convierte en un suceso difícil de predecir. A. ANDRÉS-PUEYO: «La predicción del riesgo de la violencia contra la pareja», *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, Centro Reina Sofía, Serie Documentos, 15, Valencia, 2009, p. 28.

criminal). En la fase de diagnóstico procede determinar si el sujeto reúne, con base en datos contrastables, los requisitos que indiquen una peligrosidad. Diagnosticar precisa recoger y analizar datos para evaluar la concurrencia de una situación de riesgo para la víctima<sup>18</sup>. Este diagnóstico tiene como premisa que cada autor de un hecho ilícito tiene una individualidad propia integrada por componentes biológicos, psicológicos y sociales y culturales, fundamentalmente. En la fase de prognosis se formula un pronóstico de comportamiento futuro que, desde el prisma de la justicia terapéutica, se asienta en los conocimientos aportados por las ciencias médicas y las ciencias criminológicas<sup>19</sup>. En concreto, en el ámbito de la Criminología clínica, la peligrosidad criminal depende de dos variables: la capacidad criminal o potencial delictual de una persona y su adaptabilidad social o capacidad para adaptarse al medio en el que vive<sup>20</sup>.

Presente la peligrosidad criminal, la fijación de la medida de seguridad contiene una variable específica de la justicia terapéutica: la determinación de que la referida medida es necesaria para contener el riesgo de recidiva. Es decir, la convicción, fundada en los conocimientos facultativos aportados al proceso, de que un tratamiento médico imperativo es preciso para garantizar que la probabilidad de que el inimputable cometa nuevos delitos no se materialice en la realidad de que ha ejecutado nuevos ilícitos penales. De ahí que la jurisprudencia consigne que ha de justificarse la necesidad de la medida de seguridad desde la perspectiva de los fines terapéuticos perseguidos (así, SSTS de 2 de febrero de 2011 y 6 de marzo de 2012).

Este planteamiento es acorde con los postulados de la Justicia Terapéutica en la medida que integra de forma coordinada los planos jurídicos y médicos: al plano jurídico le compete fijar el marco de actuación y al plano médico le corresponde conferir respuesta a esta demanda<sup>21</sup>. De acuerdo con esta exigencia, el artículo 6.2 CP disciplina que la me-

---

<sup>18</sup> El diagnóstico es una cuestión factual en la que el protagonismo compete a los criminólogos, médicos-forenses, psicólogos, trabajadores sociales y educadores, básicamente. J. DELGADO: «Violencia de género y sistema penal: reflexiones sobre el tratamiento del riesgo de reiteración de la victimización», *Predicción...*, p. 158.

<sup>19</sup> I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI: «La violencia en la relación de pareja: la protección de las víctimas en el sistema institucional de Justicia», en *Predicción...*, pp. 115 y ss.

<sup>20</sup> J. SÁNCHEZ, *Manual de Clínica Criminológica. Perfil de peligrosidad criminal*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 38.

<sup>21</sup> Un ejemplo de esta actuación lo encontramos en las Pautas de Actuación del Sistema Judicial y Sanitario en el Ámbito de la Salud Mental suscritas, en diciembre de 2012, entre la Dirección Territorial de Sanidad de Gipuzkoa, la Red de Salud Mental de Gipuzkoa y la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

dida de seguridad no podrá exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad criminal del autor y, para garantizar la vigencia de tal necesidad, los artículos 97 y 98 CP regulan una reevaluación periódica de la medida impuesta que garantice que en todo momento exista una correlación entre la peligrosidad criminal del sujeto y la necesidad de una intervención penal<sup>22</sup>.

Además de la necesidad médica o facultativa —postulado de la justicia terapéutica— existen unas garantías complementarias cuyo fundamento no se encuentra en la precisa implantación de un tratamiento obligatorio sino que radica en la insoslayable observancia de unas garantías jurídicas vinculadas al principio de proporcionalidad. En concreto, el Código Penal exige que:

- La medida de seguridad no resulte más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (artículo 6.2 CP).
- La medida privativa de libertad sólo se acuerde cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido fuese privativa de libertad (artículo 95.2 CP).
- La medida privativa de libertad no exceda del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado

---

<sup>22</sup> En concreto se prevé que el Juez de Vigilancia Penitenciaria eleve, cuanto menos anualmente, al Juez o Tribunal sentenciador una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad. Para confeccionar esta propuesta, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorará los informes remitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a tal fin ordene (artículo 98.1 CP). La propuesta constituirá el inicio de un procedimiento contradictorio —en el que serán oídas la persona sometida a la medida, el Ministerio Fiscal, el resto de partes y las víctimas del delito que no estuviesen personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto— en el que el Juez o Tribunal sentenciador adoptará alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso.

responsable el sujeto, y a tal efecto fijará el Juez o Tribunal en la sentencia ese límite máximo<sup>23</sup> (artículos 101 a 104 CP).

Estas exigencias no se fundan en razones terapéuticas sino jurídicas: su premisa no es la idoneidad rehabilitadora de la medida; radica en la proporcionalidad de la respuesta. Así, en ocasiones, la peligrosidad criminal del sujeto precisa para su tratamiento una privación de libertad y, sin embargo, no se acuerda el internamiento porque el delito cometido no tiene asignada una pena de prisión, o, acordándose el mismo, no se mantiene, aun siendo necesario que siga el tratamiento privado de libertad, porque la duración excede de los límites de la pena contemplada para el delito cometido<sup>24</sup>.

Los criterios terapéuticos prevalecen, sin embargo, cuando en un caso de imputabilidad disminuida con peligrosidad criminal se imponen al sujeto que ha cometido un delito, de forma cumulativa, la pena de prisión atenuada, por su menor capacidad de culpabilidad, y la medida de internamiento, por su peligrosidad criminal. Y ello porque, tal y como dispone el artículo 99 CP, en tales casos se cumple en primer

---

<sup>23</sup> El acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2009, estipula que la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.

<sup>24</sup> La determinación de los criterios que perfilan la proporcionalidad de la intervención pública no es una cuestión pacífica. Una línea exegética estima que si el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto y los fines de aquéllas son exclusivamente los de prevención especial, procede mantener que la medida deberá ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad de los delitos que cabe esperar cometa en el futuro. De ahí que se afirme que, dado que las medidas se orientan a la evitación de infracciones futuras, el hecho delictivo ya cometido no puede tener relevancia para determinar la clase y duración de la medida sino sólo la gravedad de los que amenazan con producirse en el futuro. De forma correlativa se afirma que dado que la medida se orienta a eliminar la peligrosidad del sujeto, mientras este estado perviva subsistirá el peligro de comisión de delitos y, por tanto, la necesidad de la medida, resaltando que al ser la peligrosidad un estado personal, la duración de la medida será indeterminada (pues durará lo que dure el estado peligroso), aunque sometida a una revisión periódica. En todo caso, por razones de seguridad jurídica, la ley podría establecer un límite máximo que podría tener como criterio referencial lo que habitualmente suele durar el tratamiento que precise el sujeto. Por ello, que la duración de la medida no pueda rebasar la de la pena, implica una confusión total de los fundamentos de la pena (la culpabilidad) y de las medidas de seguridad (la peligrosidad), permitiendo, además, que, en muchos casos, la medida no alcance su fin, al ser preciso para enervar la peligrosidad criminal un marco terapéutico o de aseguramiento de duración superior al de la extensión de la pena asignable al delito cometido.

Otra línea hermenéutica ha sostenido que las medidas han de estar sometidas a las garantías penales del Estado de Derecho y, dado que el concepto etéreo de peligrosidad criminal no sirve para satisfacer esta garantía, propugna que su duración no rebase la extensión temporal de la pena que correspondería al delito cometido por el sujeto.

lugar la medida de seguridad (prevalencia, por tanto, del criterio terapéutico) y, cumplida la misma, si queda todavía pena por extinguir, el juez podrá acordar la suspensión del cumplimiento de la ejecución de la pena o la aplicación de alguna medida no privativa de libertad contenida en el artículo 96.3 CP, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través del cumplimiento de la medida. Tales criterios conviven con una garantía de perfil estrictamente jurídico: el tiempo de cumplimiento de la medida privativa de libertad se computará como tiempo de cumplimiento de la pena.

La configuración de las medidas de seguridad como una expresión de la justicia terapéutica, que contiene limitaciones fundadas en garantías jurídicas que tratan de evitar una expansión desmesurada de la intervención penal, sufre una severa excepción con las modificaciones introducidas con la LO 5/2010, de 22 de junio. Esta ley introduce dos reformas sustanciales en el seno de las medidas penales<sup>25</sup>. Por una parte, instaura una nueva medida de seguridad no privativa de libertad —la libertad vigilada— en la que se condensan un elenco de medidas no privativas de libertad preexistentes. Entre las mismas existen algunas de un perfil claramente terapéutico: la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico<sup>26</sup>. Por otra, y es la novedad más sustancial, regula la libertad vigilada como medida de seguridad imponible a un imputable calificado legalmente como peligroso<sup>27</sup>,

---

<sup>25</sup> I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI: «El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 25, 2011, pp. 177 y ss.

<sup>26</sup> Esta obligación es sumamente problemática pues, a diferencia de los inimputables, tiene como referente subjetivo a personas con plena capacidad de autodeterminación volitiva, a pesar de lo cual se les impone un tratamiento médico obligatorio. Recuérdese que el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 4 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Quizá esta difícil convivencia normativa explique lo dispuesto en el artículo 100.3.º del Código Penal: a estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento inicialmente consentido. No obstante, el Juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

<sup>27</sup> El único precedente existente en el Código Penal de imposición de una medida de seguridad a un imputable es el previsto en el artículo 60, circunscrito a un supuesto de inimputabilidad sobrevenida: el caso de penado que, después de pronunciada la sentencia firme, sufre una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la

a quien también se condena a una pena de prisión por un delito muy grave o grave. Esta medida de seguridad —además de ser impuesta a un imputable— se cumple una vez extinguida la pena de prisión impuesta por el delito cometido con plena capacidad de culpabilidad. Se diferencia, por lo tanto, de las medidas de seguridad impuestas a sujetos con una imputabilidad excluida o limitada que ora se cumplen como único remedio jurídico —caso de inimputables—, ora como remedio jurídico preferente —caso de semiimputables a quienes se asigna una medida privativa de libertad—, ora como remedio jurídico coetáneo —caso de semiimputables a quienes se impone una medida no privativa de libertad—.

Por lo tanto, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, las medidas penales constituyen una sanción penal que cabe imponer a los inimputables o semiimputables que presentan una peligrosidad criminal postdelictual —artículos 6 y 95 del Código Penal— así como a los imputables calificados legalmente como peligrosos —artículo 106.2 del Código Penal—. Además, el modelo político-criminal que justifica la imposición de una medida de seguridad es radicalmente disímil según se trate de personas con la capacidad de culpabilidad excluida o limitada o de sujetos con plena imputabilidad.

El punto de partida es común, dado que viene configurado por lo dispuesto en el artículo 6.1 del Código Penal: las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. A partir de esta premisa común, surgen las diferencias. En el caso de inimputables o semiimputables, la imposición de una medida de seguridad —que podrá ser privativa o no privativa de libertad atendiendo a los criterios normativos establecidos— dependerá de un juicio jurisdiccional motivado fundado en un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos a partir del examen del hecho y de las circunstancias personales del sujeto —artículo 95.1.2.º del Código Penal—. En el supuesto de imputables, la peligrosidad criminal se determina normativamente pues la ley entiende que se encuentra presente la misma cuando el sujeto declarado imputable en sentencia —y, por ello, condenado a una pena por haber cometido un delito de forma culpable— ha sido

---

ejecución de la pena privativa de libertad y garantizará que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si la pena que se cumple no es privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.



declarado responsable de la comisión de un delito de terrorismo o de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Es esta presunción legal *iuris et de iure* de peligrosidad lo que determina que en estos casos el artículo 106.2 del Código Penal estipule que el «el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada». En otras palabras: en las medidas de seguridad para inimputables o semiimputables el Juez o Tribunal desarrolla una actividad jurisdiccional de fijación o determinación —pues crea el estado jurídico de peligrosidad a partir de las premisas legales—; para imputables, sin embargo, el Juez o Tribunal declara el estado jurídico de peligrosidad definido normativamente<sup>28</sup>. En este punto, se detecta un tránsito del modelo rehabilitador que es una manifestación de la justicia terapéutica —la medida de seguridad precisa una peligrosidad criminal definida judicialmente a la luz de la prueba practicada en el juicio— al modelo inocuizador que es una expresión de la justicia retributiva —la medida de seguridad se vincula a un estado de peligrosidad que la ley estima existe cuando el sujeto activo ha sido condenado por delitos de terrorismo o delitos sexuales—. La única excepción a la implantación del modelo inocuizador en la medida a cumplir después de la pena de prisión cuando se trata de delitos que atribuyen a su autor la consideración de peligroso —es decir, delitos de terrorismo y delitos sexuales—, se produce cuando el penado sea primario<sup>29</sup> y el delito cometido —que debe ser único— sea menos grave. En tal caso, los artículos 192.1 y 579.3 del Código Penal permiten que el Juez o Tribunal no imponga la medida de libertad vigilada en atención a su menor peligrosidad.

---

<sup>28</sup> En el caso de inimputables o semiimputables, las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que, en la comisión de un delito, se muestren incapaces de comprender la ilicitud de sus hechos, o, comprendiéndolos, no son capaces de comportarse de acuerdo a dicha comprensión y respecto de los cuales concurra de forma simultánea un pronóstico de reiteración posterior de hechos constitutivos de delito. Cuando se trata de imputables, se tiene en consideración que se trata de sujetos que han cometido un delito concreto y, sobre los cuales, se presume *ex lege* su peligrosidad criminal. M. ACALE: *Mediación a la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, 2010, pp. 160-161.

<sup>29</sup> En la reforma no se define qué se entiende por delincuente primario cuando se trata de discernir si procede la imposición de la medida de libertad vigilada. A nuestro juicio, no es primario el delincuente que ha sido previamente condenado en sentencia firme por un delito del mismo Título y naturaleza que el cometido, siempre que los antecedentes derivados de tal condena no estén cancelados o sean cancelables. Así, F.A. CADENA, «La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010», *Revista Jueces para la Democracia*, 70, 2011, p. 54.

Por lo tanto, son tres las diferencias existentes entre la medida de seguridad como reacción jurídica a un déficit de imputabilidad y la medida de seguridad como consecuencia que se anuda a una imputabilidad plena. A saber:

- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable exige un juicio jurisdiccional motivado y específico de peligrosidad, mientras la medida de seguridad a un imputable tiene como premisa una declaración legal de peligrosidad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable puede ser privativa de libertad o restrictiva de libertad mientras la medida de seguridad a un imputable únicamente puede ser limitativa de libertad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable tiene que cumplirse de forma alternativa, preferente o coetánea a la pena, mientras que la medida de seguridad a un imputable se cumple una vez extinguida la pena de prisión.
- Esta opción político-criminal puede incurrir en desproporción punitiva —exasperación del contenido aflictivo de la reacción penal— en aquellos casos en los que se vincula a una presunción legal irrefutable de peligrosidad criminal que se anuda a la comisión de determinados delitos<sup>30</sup>.

## 2. *La inejecución condicionada y la ejecución sustitutiva de las penas de prisión*

En la sociedad del siglo XXI la sanción penal tiene que cumplir una función específicamente comunicativa que abarque una dimensión general —la constituida por la comunidad— y otras dimensiones individuales —la conformada por las víctimas y el victimario—. En la perspectiva general la pena desaprueba el hecho injusto cometido por el sujeto activo y ratifica la vigencia de la norma mediante su restauración, estabilizando, de esa forma, el sistema normativo. En la perspectiva individual, la respuesta punitiva repara el daño injusto sufrido por la víctima y permite contener el riesgo de recidiva del victimario.

---

<sup>30</sup> ACALE afirma que la libertad vigilada para imputables constituye una manifestación del Derecho Penal del enemigo, dado que al delincuente terrorista y sexual se le considera los mayores enemigos del sistema y por ello se presume *ex lege* que van a volver a delinquir una vez recuperen la libertad de la que han estado privados durante un largo período de tiempo. Así, M. ACALE: *Mediación a la respuesta...*, p. 203.

Es indiscutible el interés social e institucional en la consecución de objetivos tan importantes como la prevención de delitos futuros, la reinserción social del infractor, la reparación y asistencia a las víctimas y la restauración de la paz social. De ahí que quepa concluir que seleccionar la pena adecuada y elegir el modelo de ejecución de la misma idóneo constituya uno de los principales desafíos del sistema penal<sup>31</sup>. De ahí que pueda sostenerse que las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinada por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido mantener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad<sup>32</sup>, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial<sup>33</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de la pena de prisión puede responder a tres modelos legales<sup>34</sup>. A saber:

- El modelo de ejecución «en sentido estricto» de la pena de prisión, mediante su cumplimiento en un Centro Penitenciario en los términos previstos en el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria.
- El modelo de inexecución condicionada de la pena de prisión, que abarca la suspensión ordinaria (artículos 80 y 81 CP), la suspensión especial (artículo 87 CP) y la suspensión excepcional (artículo 80.4 CP).
- El modelo de sustitución de la pena de prisión, en su modalidad ordinaria (artículo 88.1 párrafo primero CP) y excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo CP).

---

<sup>31</sup> J.M. TAMARIT SUMALLA, «Sistema de sanciones y política criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-2006, 2007, p. 2.

<sup>32</sup> J.M. SILVA SÁNCHEZ: «¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español», *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

<sup>33</sup> J. BARQUÍN SANZ: «Sistema de sanciones y legalidad penal», *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Judicial*, 38-40, México, 2000, pp. 281-282.

<sup>34</sup> De forma más detallada en I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI: «El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, n.º 11, 2005, pp. 1-20.

La articulación de los diversos modelos está presidida por la vigencia del principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación efectiva de la libertad. Este principio precisa que sólo resulte legítimo acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de los siguientes objetivos:

- Adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido, transmitiendo a la comunidad un mensaje de validación de la vigencia de la norma penal como medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que integran el entramado comunitario.
- Protección idónea de las víctimas a través de la neutralización del riesgo de nueva victimación procedente del victimario condenado a la pena.
- Reintegración comunitaria del penado mediante la implementación de medidas que contengan el riesgo de reincidencia a través de alternativas de contenido rehabilitador.

En otras palabras: conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión el juez debe proceder a la inexecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los sustitutivos penales previstos en la legislación. Ahora bien, esta decisión jurisdiccional está determinada por el marco legal que, en atención a la extensión de la pena impuesta —determinada por la gravedad del injusto y la importancia del reproche—, puede fijar espacios de juego disímil para ponderar la eficacia de alternativas distintas a la ejecución penitenciaria. Así, conforme a nuestra legislación penal, las penas de prisión de duración superior a cinco años de prisión únicamente admiten como modelo ejecutivo la ejecución penitenciaria; las penas de prisión de duración superior a dos años e inferior a cinco admiten la ejecución penitenciaria y, además, la suspensión ejecutiva de la pena impuesta cuando la drogodependencia es un factor criminógeno definido y existe un contexto terapéutico que sirve de adecuado marco de contención del riesgo de recidiva, y, finalmente, las penas de prisión de hasta dos años de duración pueden ser ejecutadas penitenciarmente, suspendidas en su ejecución o, finalmente, sustituidas por penas no privativas de libertad. En otras palabras: a mayor gravedad de la infracción menores alternativas ejecutivas, opción legal vinculada básicamente a estrategias de prevención general o comunitaria.

En la delimitación de la idoneidad de los remedios alternativos a la ejecución penitenciaria<sup>35</sup> tiene, en muchas ocasiones, importancia que exista un contexto terapéutico que neutralice el riesgo de recidiva. Aquí se encuentra una manifestación clara de la justicia terapéutica.

Así la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad, prevista para penas de prisión cuya duración no exceda de dos años, se fundamenta en una premisa terapéutica: que no exista peligrosidad criminal en el penado o que, existiendo la misma, pueda ser contenida con la imposición de un compromiso conductual —integrado por las denominadas reglas de conducta<sup>36</sup>—.

---

<sup>35</sup> La ejecución penitenciaria también tiene un componente terapéutico. No en vano uno de sus componentes vertebrales es el tratamiento penitenciario definido como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (artículo 59 LOGP). Para la individualización del tratamiento se llevará a cabo un estudio científico de la personalidad del interno, formulando en base al mismo una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptación social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda (artículo 64 LOGP). De forma complementaria, el artículo 42 de la LO 1/2004 estipula que la Administración Penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género, especificando que las Juntas de Tratamiento valorarán el aprovechamiento y seguimiento de estos programas en ámbitos tan importantes como las progresiones de grado, la concesión de permisos y las propuestas de libertad condicional. Un análisis de estos programas; S. LEGANÉS: «Evolución de los programas para los agresores», *La ejecución...*, pp. 105 y ss.; E. ECHEBURÚA: «Necesidades terapéuticas en Agresores de Pareja según su Perfil Diferencial», *Clinica Contemporánea*, vol. 1, 2010, pp. 84 y ss.; J. BARRERA: «Rehabilitación psicológica de maltratadores», *La ejecución...*, pp. 151 y ss.

<sup>36</sup> Sostiene CID MOLINÉ que la decisión respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión se funda en un juicio individualizado sobre la peligrosidad del infractor y la idoneidad de la suspensión, con las reglas de conducta, para tratar la peligrosidad. En todo caso, señala este autor, para una consideración adecuada de la situación de la persona condenada es preciso un informe psicosocial del infractor, tarea sobre la que el Código Penal guarda silencio. J. CID MOLINÉ, «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal de 2003», *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 150-151. Este informe, que debe abarcar el riesgo de reincidencia y los factores criminógenos presentes en el penado, debe ser confeccionado por un criminólogo. La propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, a las medidas cautelares personales, elaborada por el Grupo de Política Criminal prevé que, con carácter previo a la imposición de una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, el juez de ejecución postule un informe psicosocial de la persona condenada. Este informe deberá analizar el riesgo de reincidencia de la persona y la posibilidad de que el peligro de reincidencia, de existir, pueda ser neutralizado con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. El artículo 28 del Real Decreto 515/2005 contemplaba que los servicios sociales penitenciarios, a petición de la autoridad judicial, confeccionasen informes sociales que fueran tenidos en cuenta, entre otras materias, en el ámbito de la sustitución de las penas

La suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad prevista en el artículo 87 del Código Penal es la manifestación más clara de la justicia terapéutica. La delimitación de sus destinatarios ya es sumamente indicativa al respecto: que el penado tenga una peligrosidad criminal cuyo origen radique en su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos<sup>37</sup>. La determinación de los requisitos precisos para la inejecución condicionada es inequívoca al respecto: que exista un certificado suficiente, emitido por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, extremos que serán ponderados, para su validación judicial, por un informe del Médico Forense<sup>38</sup>. Es decir, se precisa exista un contexto terapéutico que, cualquiera que sea su modalidad asistencial, de vida a un marco de contención eficaz del riesgo de reincidencia que se anuda a la adicción al consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o productos estupefacientes<sup>39</sup>.

Para dotar de contenido rehabilitador a la suspensión, en cualquiera de las modalidades referidas, el legislador ofrece al operador judicial un conjunto de herramientas jurídicas directamente encaminadas

---

privativas de libertad o la suspensión de la ejecución de las mentadas penas. El vigente Real Decreto 840/2011, de 17 de junio —que ha derogado el anteriormente mencionado— no contiene una disposición equivalente.

<sup>37</sup> Cuando el condenado sea reincidente establece el artículo 87.2 CP que el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. Si las características del hecho delictivo cometido y las condiciones de su autor ponen de manifiesto que la drogodependencia constituye el factor criminógeno exclusivo o preferente, procederá la suspensión de la ejecución de la pena con contenido rehabilitador, dado que, en tal caso, conforme a los postulados de la justicia terapéutica, el contexto terapéutico, siendo menos aflictivo que el ingreso en prisión, constituye un marco eficaz de neutralización del riesgo de recidiva.

<sup>38</sup> El Médico Forense elaborará, a instancias del juez o tribunal, un informe que se extenderá a los extremos referidos a la dependencia del consumo de sustancias tóxicas y la existencia de un tratamiento de deshabitación iniciado o culminado. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI: «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas», *Revista del Poder Judicial*, 74, 2004, p. 89.

<sup>39</sup> La STC 222/2007, de 8 de octubre, tiene ocasión de reseñar, haciendo referencia al artículo 87 CP, que «A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas (...) se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas —caso habitual del llamado traficante/consumidor— reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella».

a evitar la producción de nuevas situaciones u oportunidades delictivas. En concreto, pone en sus manos las denominadas reglas de conducta, recogidas en los artículos 83 y 87 CP, que contiene, entre otras previsiones, elementos que conforman un contrato conductual de naturaleza terapéutica cuyo objetivo es pergeñar un compromiso público del penado de que va a cumplir programas sanitarios, formativos o educativos que van a trabajar variables vinculadas al riesgo de recidiva<sup>40</sup>. En este sentido, destacan la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales u otros similares, o cumplir los deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado (artículos 83.1. 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> CP) así como del seguimiento del tratamiento de deshabitación<sup>41</sup> durante el período de suspensión<sup>42</sup> (artículo 87.4 CP).

---

<sup>40</sup> En el caso específico de los delitos relacionados con la violencia de género el compromiso conductual es imperativo (artículo 83.1 párrafo segundo CP). Un desarrollo en I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI: «La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-5, 2010, pp. 1-24.

<sup>41</sup> En el ámbito de la Salud Pública conviven las estrategias de rehabilitación, centradas en la desintoxicación, con los programas de «reducción de riesgos y daños», que pretenden tutelar la salud de las personas consumidoras de drogas. Su finalidad se centra en minimizar los efectos primarios relacionados con los abusos de sustancias psicoactivas, reducir los costos y daños secundarios generados por el consumo y disminuir la inserción en la adicción. Responden a una política preventiva que aspira a la reducción de los delitos cuya comisión tiene que ver con el consumo de drogas ilegales por parte del autor, que se fundamenta en la disminución de las oportunidades de delinquir. En el plano asistencial, la política de reducción de riesgos está orientada a minimizar el potencial efecto negativo del uso de drogas, mientras la política de reducción de daños tiene como objetivo la minoración de las consecuencias negativas derivadas del uso de drogas para el individuo consumidor y la comunidad en la que se inscribe. Un análisis de su contenido, J.A. DEL CERRO ESTEBAN, «Programas para la reducción de riesgos y daños derivados de las drogodependencias. Aspectos jurídicos», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 10-14, y X. ARANA, I. GERMÁN: «Programas de testado de sustancias: intervención en reducción de riesgos y daños como estrategia de prevención en materia de drogas», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 153-195. En relación a la difícil convivencia entre la política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, J. MUÑOZ SÁNCHEZ, «Problemas legales de las políticas de reducción de daños», *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 45 y 46. Una aplicación estricta del principio de coherencia en la actuación de los poderes públicos, que abarque los planos preventivos, asistenciales y reactivos, justificaría realizar una exégesis amplia del término tratamiento de deshabitación, en aras a posibilitar la inserción en su ámbito de las estrategias de mantenimiento o sustitución —el caso paradigmático es el programa de metadona— y de los programas de reducción de daños.

<sup>42</sup> El periodo de suspensión oscila entre los tres y los cinco años. Para fiscalizar el cumplimiento de la condición rehabilitadora se establece la obligación del centro o ser-

El incumplimiento del compromiso conductual por parte del penado justifica una revisión judicial de lo acordado en la medida que se produce una debilitación del marco terapéutico conformado para neutralizar el riesgo de recidiva. De ahí que se contemple la modificación de su contenido, la prórroga del plazo de su vigencia, y en los casos más graves, por su reiteración o entidad o por afectar a condenas por delitos relacionados con la violencia de género, su extinción prematura con tránsito hacia el modelo de ejecución penitenciaria de la pena de prisión (artículo 84.2. a, b y c, 84.3, 85.1 y 87.5, todos ellos del CP).

Cumplido el compromiso conductual y transcurrido el plazo de inejecución sin que el sujeto haya delinquirido se acordará judicialmente la remisión de la pena (artículo 85.2 en relación con el artículo 87.5, ambos del CP).

También cabe que las penas de prisión, cuya duración no exceda de dos años, sean sustituidas, según el tipo de ilícito penal cometido y la duración de la pena privativa de libertad, por localización permanente<sup>43</sup>, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Si la pena de prisión impuesta no excede de un año y siempre que no se trate de reos habituales<sup>44</sup>, la sustitución se fundará en elementos que pueden valorarse en clave terapéutica. Así:

- Las circunstancias personales del reo, inequívoca referencia a la existencia de un contexto —integrado por variables de crecimiento personal, vinculación familiar e inserción laboral y social— que posibilite un proyecto vital en libertad sin delinquir.

---

vicio responsable del tratamiento de facilitar al juez o tribunal sentenciador la información precisa para comprobar el comienzo del tratamiento, su evolución, las modificaciones que puede experimentar así como su finalización. Esta información se suministrará en los plazos que reseñe el juez o tribunal sentenciador y, en todo caso, de forma anual.

<sup>43</sup> La localización permanente se prevé, además como una pena autónoma en las faltas, como una pena sustitutiva de las penas de prisión que no excedan de seis meses (artículo 88.1CP). La regla general es que su cumplimiento tenga lugar en el domicilio o lugar fijado por el Juez con la utilización, en su caso, de medios mecánicos o electrónicos que permitan su localización (artículos 37.1 y 4 CP). Como regla especial se prevé su cumplimiento en el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del penado los sábados, domingos y días festivos siempre que concurren cuatro requisitos: la pena esté prevista como pena principal, lo prevea el precepto aplicable, exista una reiteración en la comisión de la infracción y lo decida el Juez (artículo 37.1 CP).

<sup>44</sup> Define el artículo 94 CP los reos habituales como aquellos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 CP y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.



- La naturaleza del hecho, que, además de en clave de prevención general<sup>45</sup>, puede ponderarse, también, desde la perspectiva del reproche por haber actuado como se actuó y, en tal óptica, tiene especial importancia la existencia de un compromiso constatable de seguimiento de un contexto médico o facultativo vinculado a la neutralización del riesgo de recidiva.
- La conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño, factor de inserción social constructiva sumamente potente, pues, además de restañar el detrimento causado, conlleva un reconocimiento de la validez de la norma penal como instrumento de protección de bienes jurídicos.<sup>46</sup>

Si la pena de prisión excede de un año sin rebasar los dos, cabe la sustitución, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. Lo excepcional de esta sustitución debe vincularse al surgimiento de lo que la Criminología del desarrollo denomina narrativa del cambio. Es decir, la modificación de los factores personales —tratamiento de distorsiones cognitivas o adicciones, gestión eficaz de las emociones vinculadas a la frustración— o relacionales —aparición o reforzamiento de vínculos familiares, introducción en el espacio laboral— que actuaban como potenciales y eficaces factores criminógenos. Este esquema reactivo tiene como premisa el modelo del triple riesgo delictivo que sugiere que el riesgo delictivo de una persona depende de la interacción y la combinación de tres fuentes etiológicas diferenciadas: las disposiciones y las capacidades personales; el apoyo prosocial recibido y las oportunidades para el delito<sup>47</sup>.

La sustitución, en cualquiera de los dos casos mencionados, permite la imposición de un compromiso conductual, cuya duración no puede exceder de la extensión de la pena de prisión sustituida, que, además de otros, tiene un componente terapéutico inequívoco: el provocado por la necesidad de seguir determinadas pautas formativas o

---

<sup>45</sup> Mención a las razones de prevención general articuladas en torno al mensaje de reafirmación del valor de la norma penal como pauta válida de convivencia social.

<sup>46</sup> Es un factor de inserción social constructiva muy potente que el penado restañe el daño causado pues, de esta manera, además de restaurar lo causado por él, reconoce la validez de la norma penal como instrumento de protección de bienes jurídicos. Así, P. GALAIN, *La reparación de daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 333.

<sup>47</sup> S. REDONDO ILLESCAS: «Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 7, número 6, 2008, p. 9.

educativas. Este componente es necesario cuando se trata de un delito relacionado con la violencia de género pues, en tal caso, es obligada la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

### III. La justicia restaurativa

Tras una evolución, que transita de la óptica retribucionista a la visión resocializadora y de ésta última a la perspectiva reparadora, en la actualidad el sistema de justicia que permite la lectura más completa del sentido que tiene el delito para el autor, la víctima y la comunidad es el modelo de justicia restaurativa<sup>48</sup>. Y ello porque tanto en la concepción del delito, como en la determinación de las respuestas, así como, finalmente, en la definición del modo de valorar el delito y obtener las respuestas tiene en cuenta las necesidades de cada uno de los integrantes de la interacción disruptiva que supone la infracción penal y las exigencias de la comunidad, permitiendo, además, que cada uno de ellos tenga la ocasión de trasladar su perspectiva<sup>49</sup>.

Si el delito constituye una conducta desarrollada por una o varias personas (los victimarios) que, vulnerando la ley penal aprobada por la comunidad a través de sus instituciones, ocasiona un daño real (lesión) o potencial (peligro) a otras personas (las víctimas), en el diseño del espacio donde se elabora la respuesta —es decir, el proceso— tienen que estar como protagonistas las víctimas, los infractores y la comunidad y, asimismo, en la articulación de la respuesta tiene que haber elementos que conduzcan a la pacificación individual y social. Estas exigencias no

---

<sup>48</sup> En la actualidad confluyen en el sistema penal dos tendencias antitéticas. Una que hace de la seguridad un derecho y, de esta forma, alienta un populismo punitivo que hace de la retribución el objetivo definido de la intervención penal; otra, que apuesta por la articulación de espacios de comunicación entre la víctima y el victimario que fomenten la búsqueda dialogada de la reparación del daño sufrido por la víctima y la inserción social positiva del victimario. En esta última línea se enmarca la justicia restaurativa que se desarrolla a partir de los años ochenta del siglo xx como un paradigma alternativo de justicia que busca la reparación del daño causado a la víctima a través de procesos cooperativos en los que intervienen las personas involucradas en el delito. Un desarrollo de su origen y desarrollo, J. TAMARIT, «La justicia restaurativa: concepto...», pp. 3 y ss. También, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, ed. Edisofer, 2008, Madrid, p. 466.

<sup>49</sup> Un desarrollo, I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «El paradigma de humanidad en la Justicia Restaurativa», *Eguzkiloire-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 26, 2012, pp. 143 y ss.

son atendidas por los modelos retribucionista, resocializador o reparador. Y ello, por dos motivos conectados con el qué se tutela y el cómo se tutela. El primero circunscrito a la significativa prioridad que en cada uno de estos modelos se confiere a la atención de uno de los intereses comprometidos por el delito, orillando al resto: en el retribucionista, se atiende a la comunidad; en el resocializador se prioriza al infractor y en el reparador se protege a la víctima. El segundo conectado con la manera en el que se satisfacen los intereses calificados como preferentes: en un contexto adversarial —donde la confrontación es, por tanto, estructural— y vertical —donde la resolución del conflicto se atribuye a un tercero neutral dotado de poder—.

Los requerimientos individuales y sociales son contemplados, por el contrario, en la justicia restaurativa. En el qué se tutela porque tiene en cuenta las necesidades del infractor y la víctima así como las provenientes de la comunidad. En el cómo se tutela porque permite a cada uno de los intervinientes ofrecer su mejor versión, aquella que nace de valores como la comprensión de lo ocurrido, la responsabilidad por el daño causado, la potencialidad del desarrollo personal a partir del aprendizaje de la experiencia, la recreación del vínculo dañado y, finalmente, el compromiso comunitario<sup>50</sup>.

— *La comprensión de lo ocurrido* precisa que las víctimas y el infractor puedan narrar lo sucedido. El relato es una forma de hacer visible lo acontecido. Las víctimas conocen, de manos de quien fue su autor, por qué se les victimizó, lo que les permite, en algunos casos, comprender el sentido que en su devenir vital tiene ser víctimas de un delito, recuperando márgenes de seguridad existencial perdidos por la infracción penal. Los infractores perciben directamente las consecuencias que el delito ha provocado en la vida de las víctimas, favoreciendo su vinculación emocional con lo ocurrido. De esta manera se evita el fenómeno de «deshumanización» perceptible cuando la visualización del de-

---

<sup>50</sup> La justicia restaurativa ha sido criticada por las siguientes razones: presenta una visión muy angelical del ser humano, prioriza la reconciliación incluso frente a realidades irreconciliables, ofrece una lectura excesivamente terapéutica en las respuestas, conlleva un riesgo de privatización del sistema penal, es una opción blanda e ineficaz en términos de prevención general y especial, favorece una extensión desmesurada de la intervención penal y obvia las dificultades de integración en el proceso restaurativo de la comunidad. Compartimos plenamente el diagnóstico de TAMARIT según el cual la justicia restaurativa funciona si consigue sus objetivos con éxito desde el punto de vista de las expectativas y necesidades de las víctimas y ello se consigue sin costes en términos de prevención. J. TAMARIT: «La justicia restaurativa: concepto...», p. 45.

lito como conducta que daña a otra persona resulta fagocitada por la notable abstracción conceptual que provoca su consideración exclusiva como comportamiento que lesiona un valor o un interés.

- *La responsabilidad por el daño* exige que el infractor haga suyo el delito cometido —el delito le pertenece, aunque no le define—, reparando lo destruido o deteriorado y, desde esta asunción, inicie un cambio de orientación vital que le aleje del delito. Ser consciente de que el delito ha perturbado severamente el orden existencial de la víctima y, desde esta consciencia, desarrollar conductas de restañamiento del daño causado, constituye la manifestación más seria de una dinámica de inserción social constructiva.
- *La potencialidad de un desarrollo personal*, a partir del aprendizaje que conlleva la comprensión de las disímiles experiencias vitales protagonizadas, legitima reconocer que los seres humanos son sujetos libres y evolutivos y que, por lo tanto, tienen opciones reales de cambiar, de reconducir su vida. Ello supone admitir que quien ha delinquido tiene posibilidades de dejar de delinquir y que quien ha sido víctima tiene opciones de dejar de serlo. Provoca, por lo tanto, creer que es factible la reinserción social del infractor, apostando por un cambio de perspectiva vital, y que es posible la desvictimación de la víctima, con el empoderamiento que ello conlleva para ella.
- *La recreación del vínculo dañado* supone transitar de la ruptura causada por el delito a la pacificación integradora ofrecida por la solución. En otras palabras: ubicar un nosotros donde el delito creó un no a los otros. De esta forma se favorece que la comunidad vaya acogiendo a personas que han ido integrando en sus biografías la significación del delito a partir de estructuras dialógicas. Con ello se tutela a la víctima —que obtiene una reparación del daño a partir de una aportación personal de su causante—, se mejora el tejido social —al acoger a personas que confían en la aptitud del ser humano para comprender el sentido dañino de los hechos injustos y desarrollar un esfuerzo para proceder a su reparación—, y, finalmente, se posibilita una protección de las víctimas potenciales, dado que reduce el riesgo de recidiva la interacción con la víctima en un plano dialógico y la atención —en un espacio de escucha— de los factores criminógenos que, en su caso, aniden en el infractor —tales como adicciones, distorsiones cognitivas, falta de empatía social—.

— *El compromiso comunitario* exige una involucración de la sociedad en la tarea de reconstrucción de lo deteriorado por el delito, pues la infracción es, también, un conflicto social que la comunidad tiene que resolver con la mayor eficacia y la menor aflicción. En este orden, la vertebración en un proyecto armónico de elementos como la visualización de las víctimas, la apuesta por la recuperación de los infractores y la confianza en procesos dialógicos, es la materialización de un compromiso democrático que funciona como antítesis de la falta de involucración que conlleva la tiranía de la indiferencia.

La integración de estos valores en una solución unitaria confiere pleno sentido a la Justicia restaurativa. En los términos plasmados en la Recomendación CM/Rec(2010)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 20 de enero de 2010, la justicia restaurativa incluye perspectivas y programas basados en los siguientes principios: que las respuestas a los delitos deben transitar por reparar tanto como sea posible el daño sufrido por la víctima; que debe hacerse comprender a los infractores que su comportamiento es inaceptable y ha producido consecuencias indeseables para las víctimas y la comunidad; que los ofensores deben asumir su responsabilidad de sus acciones; que las víctimas deben tener una oportunidad para expresar sus necesidades y participar en la determinación de la mejor forma en que el ofensor puede reparar; y, finalmente, que la comunidad comparte la responsabilidad de contribuir en este proceso.

La materialización de la justicia restaurativa tiene que producirse a través de un procedimiento en el que, con la ayuda de un tercero, el infractor y la víctima pergeñan una respuesta al delito validada por quien representa a la comunidad. Este procedimiento puede ser la mediación, en el que se busca una respuesta al delito a través de la cooperación e inclusión del ofensor y la víctima<sup>51</sup>, o, también, los procesos o encuentros restaurativos<sup>52</sup>, como las conferencias, los círculos o los paneles, en

---

<sup>51</sup> La Recomendación 19/1999 del Consejo de Europa sobre mediación en asuntos penales define la mediación como el proceso por el que la víctima y el infractor libremente consienten participar activamente en la resolución de las cuestiones derivadas de un delito con la ayuda de un tercero imparcial (mediador). Por su parte, la Decisión Marco de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2011, define, en su artículo 1.e, la mediación como la búsqueda, con anterioridad o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor, mediada por una persona competente. En todos los procesos restaurativos se busca la reparación del daño a través de estructuras de diálogo participativo, inclusivo e integrador.

<sup>52</sup> La Declaración de principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en asuntos penales de la Resolución 2002/12, aprobada en el seno del ECOSOC en abril

los que, además del infractor y la víctima, participa la comunidad a través de agentes representativos<sup>53</sup>.

La mediación descansa en cuatro criterios vertebrales:

- La consideración del infractor y de la víctima como personas que pueden caminar de la relación yo-él —creada por la disrupción provocada por el delito— a la relación yo-tú —diseñada por la construcción integradora—.
- La implantación de un espacio de encuentro entre el infractor y la víctima permeable al análisis reposado de la significación que la irrupción del delito ha tenido en sus proyectos vitales.
- La presencia de un mediador o facilitador imparcial y adecuadamente formado<sup>54</sup>, encargado de crear las condiciones precisas para el diálogo entre el infractor y la víctima.
- La construcción por la víctima y el infractor de una respuesta vertebrada en torno a la reparación adecuada del daño causado, reparación que puede ser simbólica (admisión de la responsabilidad y petición de disculpa a la víctima), prestacional (realización de una actividad en beneficio de la víctima o de terceros, inicio de un proceso de deshabitación de tóxicos o comienzo de una estrategia terapéutica o formativa para eliminar o contener los factores criminógenos), o material (abono de una cantidad de dinero en concepto de indemnización). Todos estos tipos

---

de 2002 a impulso del 10.<sup>º</sup> Congreso de las Naciones Unidas de prevención del crimen y justicia penal, define como proceso restaurativo cualquier proceso en que la víctima, el ofensor o/y otros individuos o miembros de la comunidad afectados por el crimen participen activamente y de modo conjunto en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un tercero.

<sup>53</sup> De esta forma se compensa el enfoque posiblemente reduccionista de la mediación que, al tener como protagonistas exclusivos al infractor y la víctima, invisibiliza el debilitamiento que el delito provoca en la calidad de los lazos sociales. J. TAMARIT: «La justicia restaurativa: concepto...», p. 14. Por ello, estas técnicas extienden la participación a los entornos familiares y sociales del infractor y la víctima, así como a los agentes jurídicos —órganos de cooperación judicial preferentemente— y de integración comunitaria —servicios sociales, fundamentalmente—. Un desarrollo más amplio en G. VARONA: «El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: Avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un Derecho restaurativo interdisciplinar», *Estudios sobre el significado e impacto...*, pp. 367 y ss., y C. VILLACAMPA: «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)», *La justicia restaurativa...*, pp. 111 y ss.

<sup>54</sup> El facilitador cumple un papel fundamental en los procesos restaurativos, pues le compete preparar el escenario del diálogo, garantizar la autonomía y equilibrio entre los intervinientes y posibilitar las estrategias de comunicación que posibilite el encuentro entre todas ellas en una solución viable y satisfactoria.

de reparación tienen cabida en el artículo 112 del Código Penal, cuando estipula que la reparación del daño podrá consistir, además de en obligaciones de dar, en obligaciones de hacer o no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a 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.

La mediación (o cualquier otra modalidad restaurativa) se desenvuelve en un contexto estructural y en un marco normativo.

El contexto estructural estipula el fundamento de la mediación (o de cualquier otra modalidad restaurativa): el principio de autonomía del infractor y de la víctima. Para ello es ineludible que el consentimiento para participar en una mediación (o cualquier otra modalidad restaurativa) sea válido y consciente. La validez exige que no exista un riesgo definido de victimación por temor a represalias o que no concurre una asimetría de posiciones por abuso de poder en cualquiera de sus manifestaciones. En ambos casos el consentimiento no es libre. La consciencia precisa de una información cumplida sobre el devenir de la mediación, sus posibles resultados y los procedimientos de supervisión de los acuerdos que se alcancen en el mismo. La ausencia de información o las graves carencias en la misma hace que el consentimiento no sea un acto volitivo informado.

El marco normativo fija los límites de la mediación (o de cualquier otra modalidad restaurativa) al determinar qué tipo de delitos permiten este espacio restaurativo. Al resto caben tres modelos; el directivo fija los injustos penales que pueden ser derivados a mediación (o a cualquier otra modalidad restaurativa); el prohibitivo indica qué tipos penales quedan excluidos de la mediación (o de cualquier otra modalidad restaurativa), y, finalmente, el habilitante permite que la mediación (o cualquier otra modalidad restaurativa) sea utilizable en cualquier delito. Los dos primeros modelos reflejan una confianza parcial en las técnicas restaurativas, dado que el legislador estima que únicamente es útil para determinadas infracciones —las elegidas para permitir esta modalidad restaurativa, en el modelo directivo, o las excluidas de la prohibición de mediar, en el modelo prohibitivo—. El tercero supone un apoyo decidido a la mediación (o cualquier otro modelo restaurativo), al estimar toda infracción penal como potencialmente mediable.

La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, se adscribe al modelo habilitante, dado que no contiene una prohibición apriorística de la justicia restaurativa para ningún delito. En su artículo 12 reconoce el derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia repa-

radora, derecho cuya satisfacción precisa de los Estados miembros el cumplimiento de las siguientes pautas:

- La adopción de medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias<sup>55</sup>.
- El establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de la derivación de casos a los servicios de justicia reparadora.
- El acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes que cumplan las siguientes reglas: que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima, el cual podrá retirarse en cualquier momento; se ofrezca a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso; todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria; los debates serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior (comisión de ilícitos penales en el espacio de mediación).

En la legislación española, el Derecho Penal de adultos no regula ninguna técnica restaurativa, ni siquiera la mediación<sup>56</sup>. Es más,

---

<sup>55</sup> TAMARIT señala que la Directiva contempla la posibilidad de que los servicios de justicia restaurativa conlleven riesgo de victimización secundaria y por ello establece pautas para proteger a las víctimas frente al mentado riesgo. J. TAMARIT: «La justicia restaurativa: concepto...», p. 29.

<sup>56</sup> Incumpliendo, de esta manera, lo dispuesto en la Decisión Marco del año 2001 que estipulaba que, antes del 22 de marzo de 2006, los Estados miembros de la Unión Europea velarían porque puedan tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. La SSTJUE de 21 de octubre de 2010, caso Eredics, asunto C-205/9 y de 15 de septiembre de 2011, caso Gueye, asuntos C-483/09 y C-1/10, estipulan que corresponde a los Estados miembros deslindar qué infracciones penales pueden derivarse a mediación. Esto conlleva que puedan existir diferencias significativas entre las legislaciones nacionales en esta materia con evidentes implicaciones en la consideración que cada Estado tiene de las propias víctimas. Así, un Estado puede permitir técnicas restaurativas en delitos de violencia sobre la mujer si ésta es su voluntad y otro, por el contrario, puede prohibir estas técnicas en esta modalidad delictiva con independencia de cuál sea la voluntad de la víctima. De esta manera, la mayor o menor confianza del Estado en la autonomía



la única regla normativa referida a la mediación es prohibitiva y se contiene en el artículo 87 ter de la LOPJ que prohíbe la mediación en todos los casos conocidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Esta prohibición, cuya razón de ser más frecuentemente argüida ha sido el intento de evitar una banalización de la violencia en la relación de pareja, es, en la actualidad, objeto de severas críticas al entender que resulta injustificada una prohibición apriorística de espacios restaurativos para este tipo de criminalidad. Por ello, se propugna una reflexión sobre la materia, que transita ora por una admisión generalizada de las técnicas restaurativas en la violencia de pareja, defiriendo al análisis de cada caso la determinación de si procede o no la misma<sup>57</sup>, o por una flexibilización de la prohibición fijando con carácter general las condiciones que permitirían las técnicas restaurativas<sup>58</sup>.

Cuando las controversias tienen naturaleza penal y afectan, por lo tanto, al orden jurídico concebido para prevenir las infracciones más graves a los intereses jurídicos esenciales para la convivencia comunitaria, la reacción al hecho criminal debe ser homologada por el Estado, a través del sistema institucional de Justicia. De esta manera la estructura diseñada por el Estado para resolver controversias (el Juez, el Ministerio Fiscal) cumple los siguientes cometidos: garantiza que el proceso de mediación sea respetuoso con la libertad y los derechos procesales básicos de los partícipes<sup>59</sup>, verifica que la respuesta a la infracción penal

---

de las propias víctimas provoca un trato diferente de las mismas en el proceso penal. Si el Estado desconfía de que las víctimas sean autónomas en determinadas infracciones impide el potencial uso de una técnica restaurativa en el proceso penal mientras que si el Estado reconoce la autonomía de las víctimas de tales modalidades delictivas permite el posible uso de esta técnica, siempre y cuando ésta sea la voluntad de la víctima y la misma no se encuentra viciada o contaminada. Es más, una víctima que ha sufrido el mismo tipo de victimización en dos Estados diferentes (mujer que ha sido victimizada por su pareja en dos Estados) pudiera encontrarse con modelos de respuesta radicalmente disímiles respecto a sus opciones de derivación a espacios restaurativos, de manera que, siendo la misma, tuviera más margen de autonomía de decisión en un Estado que en otro.

<sup>57</sup> J. TAMARIT: «La justicia restaurativa: concepto...», p. 51. En esta línea se desenvuelve el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

<sup>58</sup> E. MARTÍNEZ: «El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de Justicia penal?», *Estudios sobre el significado e impacto de la Mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, J.F. ETXEBERRÍA GURIDI (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 405.

<sup>59</sup> En los procesos restaurativos el juez no decide sino que fiscaliza la corrección, en términos de garantías, del procedimiento y homologa la legalidad de lo acordado en el mismo I. GONZÁLEZ CANO, «La mediación en el proceso penal. Especial consideración de

sea idónea para cumplir los objetivos individuales y comunitarios asignados a toda reacción al delito y facilita que, finalmente, los acuerdos reparadores a los que se llegue en la mediación se hagan efectivos, en el caso de que voluntariamente no sean llevados a la práctica. En otras palabras: la mediación restaurativa sería un modelo de justicia dentro del sistema penal<sup>60</sup> cuyo desarrollo precisaría, además de una regulación normativa, una progresiva apertura cultural de los operadores jurídicos a modelos disímiles al adversarial<sup>61</sup>.

Desde esta perspectiva tiene pleno sentido, a falta de una regulación legal específica, la articulación de protocolos de actuación que faciliten una actuación coordinada del sistema judicial y los servicios de mediación. Así lo resalta la reciente Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, cuando, en su artículo 12.2, disciplina que los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

Estos protocolos permiten fijar las pautas de derivación de los casos judiciales al servicio de mediación y articular el modo en el que los acuerdos que se alcancen entre infractor y víctima son recibidos en el proceso penal<sup>62</sup>. Por lo tanto, la mediación se promueve en el marco

---

la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2011 (2001/220/JAI)», en *Estudio sobre el significado e impacto de la Mediación...*, p. 304. Como acertadamente afirma VARONA, justicia restaurativa es justicia en un Estado de Derecho y, por lo tanto, está sujeta al cumplimiento de parámetros de validez constitucional como la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías. G. VARONA: «El proceso penal...», p. 354.

<sup>60</sup> M. MARTÍNEZ ESCAMILLA: «Justicia reparadora...», p. 487.

<sup>61</sup> TAMARIT: «La Justicia reparadora: concepto...», p. 49, G. VARONA: «El derecho a la tutela...», p. 377.

<sup>62</sup> Una muestra es el Protocolo de funcionamiento del servicio de mediación intra-judicial que regula el procedimiento de mediación penal en la Comunidad Autónoma del País Vasco, revisado en 2011, que es objeto de análisis y propuestas de modificación por G. VARONA: «El derecho a la tutela...», pp. 357 y ss. Una característica de los protocolos de mediación existentes en España es su diversidad que alcanza aspectos tan relevantes como los criterios de derivación, las modalidades de reparación y su incorporación al proceso penal. Así, I. SOLDEVILLA/M.J. GUARDIOLA: «Mediación penal en adultos: una comparativa de experiencias pilotos», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, núm. 5/2011. Quizá por ello el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su sesión del día 20 de diciembre de 2012, acordó constituir cuatro grupos de trabajos de expertos/as en los ámbitos familiar, penal, civil y laboral, a efectos de elaborar y actualizar los correspondientes Protocolos que sirvan de base y guía para el impulso de los

de un procedimiento penal pero tiene lugar fuera del mismo, aportándose, en su caso, en un momento posterior al referido procedimiento los resultados favorables que se hayan alcanzado en el espacio de mediación<sup>63</sup>.

La justicia restaurativa tiene diversas significaciones según la mediación reparadora se realice antes del juicio o una vez emitida la sentencia.

- *La reparación previa al juicio* constituye una conducta voluntaria del infractor que, por una parte, desautoriza la abrogación factual del orden jurídico que supuso el delito por él cometido —ratificando de esta manera la vigencia de la norma como pauta rectora de la convivencia— y, por otra, reconoce lo injusto del daño causado a la víctima. Ambos mensajes devalúan la necesidad preventiva de la pena, lo que justifica que se valore su presencia como una atenuante —artículo 21.5 del Código Penal— que autoriza que se imponga la sanción en su mitad inferior, si se estima como ordinaria, según dispone el artículo 66.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal o, incluso, se degrade la misma en uno o dos grados, si se pondera como muy cualificada —artículo 66.1.2.<sup>a</sup> del Código Penal—.
- *La reparación tras la sentencia* constituye un factor de neutralización del riesgo de recidiva que, cuando la pena de prisión impuesta no excede de dos años y el delito no se haya cometido a causa de una adicción, legitima que, si se trata de un delincuente que no tiene antecedentes penales por delito doloso, se acuerde la inejecución condicionada de la pena —artículos 80 a 83 del Código Penal—, y, si es un delincuente con antecedentes por delito doloso no cancelados o cancelables, siempre que no sea reo habitual, se proceda a su sustitución por la pena de localización permanente, multa o trabajos en beneficio de la comunidad —artículo 88 del Código Penal—. Si el delito ha sido cometido a causa de una adicción tóxica o etí-

---

proyectos de mediación Intrajudicial. La calificación de intrajudicial no significa que la mediación tenga lugar en el proceso judicial sino que la misma tiene lugar fuera del mismo, pero motivado por su existencia y con vocación de implementar en su seno los resultados del mismo. Así, BARONA VILAR, «El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España», en TAMARIT (coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 234-235.

<sup>63</sup> Si la mediación concluye sin acta de reparación, el procedimiento sigue su curso sin que sea factible incorporar al mismo la información procedente de lo planteado en el proceso de mediación.

lica y la pena de prisión no excede de cinco años, la reparación del daño acompañada de un programa de deshabitación justifica la inejecución condicionada de la pena —artículo 87 del Código Penal—.

- La reparación durante la ejecución penitenciaria constituye un factor de inserción social constructiva<sup>64</sup> que permite, según los casos, medidas penitenciarias como la exclusión del llamado periodo de seguridad para personas condenadas a penas superiores a cinco años en los que el Juez o Tribunal haya ordenado que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta —artículo 36.2 del Código Penal—, la clasificación en segundo o tercer grado conforme al sistema de individualización científica —artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria—, o la concesión de la libertad condicional —artículos 90.1.c y 91.2 del Código Penal—.

La articulación procesal de las mediaciones reparadoras efectuadas antes del juicio se efectuará fundamentalmente a través del instituto de la conformidad (artículos 784.3, 787 y 801, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Sin embargo, el modo de llegar a la conformidad es radicalmente disímil según venga precedido o no de un espacio de mediación. Si está ausente este espacio la conformidad es el resultado de una negociación entre profesionales jurídicos en el curso de un proceso estructurado en torno a la confrontación, negociación en cuya génesis, desarrollo y culminación resultan generalmente excluidos la víctima y el infractor. Presente el mismo, sin embargo, la conformidad es la plasmación de un diálogo entre la víctima y el infractor en un espacio dúctil a la escucha y la confrontación de vivencias. Es incuestionable que el modelo mediador ofrece una perspectiva notablemente más vigorosa desde el prisma preventivo, dado que, a través del diálogo y la búsqueda conjunta de la solución, se consolida la validez material de la norma penal que protege el bien jurídico afectado por el delito, se repara el daño injusto causado a la víctima y se crea un espacio fértil a la integración social del infractor<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> M.J. GUARDIOLA, «Desarrollo y aplicaciones de la Justicia restaurativa en prisión», *La justicia restaurativa*, p. 189.

<sup>65</sup> J. TAMARIT, «La justicia restaurativa: concepto...», p. 22, y G. VARONA, «El derecho a la tutela...», p. 361.

#### IV. La justicia procedimental

La justicia procedimental confiere especial significación a la justicia como proceso que conduce a una resolución. De ahí que atienda más a cómo se produce la decisión que al contenido de la misma. La percepción de que la resolución se tomó de forma justa, además de poner de manifiesto que se han salvaguardado los derechos e intereses de los sujetos procesales concernidos por lo decidido, incrementa la sensación de confianza de los ciudadanos en las instituciones judiciales, con la consiguiente ganancia en términos de legitimidad y credibilidad. La justicia procedimental convierte en valor el modo y manera en el que se adoptan las decisiones, entendiendo que ahí radica la sensación comunitaria de justicia. Además, y se trata de una perspectiva filosófica<sup>66</sup>, en la articulación del procedimiento se plasman unos valores comunes para sus diferentes protagonistas al posibilitar un marco dialógico en el que unos, las partes, exponen, libremente, las razones contrapuestas que asientan sus peticiones de tutela y otro, el juez o tribunal, resuelve de forma independiente e imparcial y, además, ofrece los argumentos que justifican su decisión.

En el sistema dialogado —entendiendo como tal el integrado por las técnicas restaurativas de mediación, grupo círculo y paneles— la justicia procedimental transita por el pleno respeto a la autonomía de los intervinientes —infractor, víctima y, en su caso, comunidad—. Para ello es preciso que el espacio restaurativo sea un ámbito de comunicación participativa e inclusiva lo que precisa la presencia de:

---

<sup>66</sup> Se señala que la conciliación entre la autonomía del individuo y la universalidad no puede encontrarse en la justicia sustantiva, pues existe una pluralidad de visiones y de proyectos de vida que, si no se edifican sobre el menoscabo de la dignidad humana, deben ser respetados. Únicamente la justicia procedimental, se dice, puede permitir un consenso pacífico sobre el modo en el que se deben de tomar las decisiones. Y tal consenso debe cimentarse en una idea nuclear: debe garantizar la participación de todos los involucrados en la toma de decisiones desde la libertad y permitir que quien decide lo haga desde la independencia y la imparcialidad. Sin embargo, la perspectiva procedimental tiene que complementarse con la sustantiva pues, en caso contrario, la justicia únicamente nos ofrecerá criterios para evaluar lo justo o injusto de las situaciones reales que se producen sin ofrecer criterios que determinen si una situación dada es justa o no. Y esta perspectiva complementaria la ofrece la justicia restaurativa que, reconociendo la vigencia de la injusticia pasada y, consecuentemente, el desajuste que ello provoca en el orden vital preexistente, exige el reajuste para el restablecimiento de la armonía y el equilibrio roto por la injusticia. De forma más extensa, R. MATE: *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Barcelona, 2011, pp.104 y ss.

- Una persona competente como mediadora y facilitadora.
- Un consentimiento informado del infractor y la víctima que no esté condicionado y pueda ser retirado en cualquier momento sin explicación adicional ni justificación específica.
- Una confidencialidad en lo tratado, de forma que ni el facilitador ni los intervinientes en el proceso restaurativo pueden declarar ni aportar información documentada sobre lo tratado, salvo que todas las partes intervinientes de forma expresa dispensen del deber de la confidencialidad<sup>67</sup>.

En el sistema adversarial, la justicia procedimental está encarnada en el proceso debido o justo, en el que se integran una vertiente institucional —cuyo referente subjetivo es el juez—, otra garantista —cuyo referente subjetivo es la persona acusada—, otra protectora —cuyo referente subjetivo es la afirmada víctima—, y, finalmente, una vertiente simbólica que tiene que ver con el juicio como espacio escénico.

En la **vertiente institucional** el juicio es justo cuando el juez que resuelve:

- Está desvinculado de cualquier estructura de poder que condicione o influya en el sentido de su decisión —*valor de la independencia*—.
- Carece de vínculos comprometedores con alguna de las partes —*valor de la imparcialidad subjetiva*—.
- Está ayuno de cualquier interés en lo que se debate o no presenta prejuicios aparentes por su previo contacto jurisdiccional con las fuentes inculpatórias en fases previas al juicio —*valor de la imparcialidad objetiva*—.

---

<sup>67</sup> El artículo 12.1.e) de la Directiva 2012/29, estipula que los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior. Por su parte el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, disciplina, como excepciones a la confidencialidad de la mediación y de su contenido, al consentimiento expresa y escrita de las partes y cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. La excepción vinculada a la existencia de un interés público superior plantea problemas exegéticos severos. A nuestro juicio, tiene que diferenciarse la obtención de información sobre delitos cometidos en el proceso de mediación de la captación de información sobre delitos desvelados en el proceso de mediación. Únicamente la primera opción dota de contenido a la excepción, no así la segunda que, de admitirse, pudiera legitimar usos espurios de la mediación, tales como provocar el reconocimiento de la comisión de hechos aparentemente delictivos para, ulteriormente, postular la traslación de lo admitido al ámbito penal.

- Ofrece una justificación idónea y suficiente de lo que decide —*valor de la argumentación*—.
- Decide conforme a las pretensiones promovidas por las partes procesales —*valor del debate*—.

Conforme a estas premisas el juez tiene que ser neutral —es decir, un tercero—, sus resoluciones tienen que contener una motivación racional —es decir, no arbitraria—, y desenvolverse dentro de los términos de lo planteado por las partes —es decir, de forma congruente—.

En la **vertiente garantista** el juicio es justo cuando al acusado:

- Se le presume inocente hasta que un tribunal, tras un juicio público, no declare su culpabilidad fundándose en prueba de cargo suficiente para justificar su convicción —*valor de la presunción de inocencia como regla de juicio*—.
- Es informado, de forma inmediata y comprensible, de la acusación formulada frente a él —*valor de la acusación conocida*—.
- Puede defenderse de la acusación formulada, asistido para ello de un abogado de su elección o, en su defecto, de un abogado de oficio —*valor de defensa*<sup>68</sup>—.
- Puede interrogar a los testigos y peritos de cargo así como practicar, en las mismas condiciones, el interrogatorio de los testigos de descargo —*valor de la contradicción*—.
- Está facultado para recurrir la sentencia que declare su culpabilidad tras un juicio oral y público —*valor de la revisión por un Tribunal distinto*—.

En la **vertiente protectora**<sup>69</sup>, la afirmada víctima tiene derecho a:

- Ser asistida mediante servicios de apoyo especializados e integrales para, entre otras tareas, facilitar la transmisión de la información a las víctimas, la prestación de apoyo a la misma en función de sus necesidades, el acompañamiento durante el proceso

---

<sup>68</sup> Como afirma la STC 91/2000, la defensa técnica es un complemento de la auto-defensa.

<sup>69</sup> En el plano de la Unión Europea destaca la Decisión Marco del Consejo 2011/220/JAI, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001, y la reciente Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En el plano interno, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene las siguientes previsiones: protección (artículos 13, 503, 544bis, 544ter, 680, 713, 731 bis, 759, 773), información-participación (artículos 109, 110, 280, 281, 642, 742, 761, 771, 776, 782, 785, 789, 791, 792 y 797).

y la atención de la misma una vez finalizado el mismo (*el valor de la atención*).

- Ser informada, de forma adecuada, de los derechos que le asisten en el proceso tales como el asesoramiento jurídico, psicológico o social al que puede acceder, de la protección que se le puede dispensar, del derecho a la reparación del daño, de las actuaciones que se ejecutan en el proceso tales como fecha de juicio, contenido de la sentencia, medidas de ejecución de lo resuelto (*el valor de la información*).
- Tener la opción real de participar en el proceso judicial, pudiendo ser oída en las fases de investigación —aportación de fuentes de prueba—, enjuiciamiento —diseño del cuadro probatorio— y ejecución —materialización de lo resuelto— (*el valor de la participación*).
- Ser protegida, evitando contextos favorecedores de la victimación secundaria (reiteración de interrogatorios, ejecución de los mismos evitando el contacto visual directo con el acusado), especialmente si se trata de víctimas vulnerables (creando un espacio de acogida para los menores de edad), así como neutralizando un riesgo definido para la vida, integridad y la privacidad de las víctimas directas e indirectas (*el valor de la protección*).

La **vertiente simbólica** del juicio oral ha sido descrita de forma exquisita por HERNÁNDEZ GARCÍA<sup>70</sup> en los siguientes términos: «La realización del proceso justo y equitativo, como paradigma de adecuación tanto del acto procesal como de la decisión que le pone fin, depende tanto de la regla aplicada como de la forma en que ésta se aplica. Pocos escenarios como el del juicio oral sirven para patentizar la profunda dependencia de la decisión del modo en que se haya desarrollado el rito que la precede y pocas veces, también, como en el plenario puede observarse con tanta claridad la relevancia del comportamiento de los operadores, en especial de los jueces». De hecho, que el espacio arquitectónico de la Sala de Justicia traslada una definición ostensiva, dado que su percepción permite diferenciar dos espacios: el activo, denominado estrado, en el que unos actores cualificados desarrollan una tarea pública y el pasivo, destinado al público, en el que los espectadores presencian el juicio<sup>71</sup>. Al hilo de estas reflexiones, cabe sostener que

<sup>70</sup> J. HERNÁNDEZ GARCÍA: *84 cuestiones sobre la dirección y publicidad del juicio oral*, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2011, p. 20.

<sup>71</sup> E. PÉREZ LUÑO: «La tarea de juzgar en el Estado Constitucional», *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, 2010, p. 82.



la justicia procedimental, en su vertiente simbólica, tiene que atender, como mínimo, a las siguientes variables:

- La configuración de la Sala de Justicia como un espacio en el que se ejerce una justicia democrática, lo que sitúa en pie de igualdad escénica, tanto a quienes ejercen el poder jurisdiccional, a los destinatarios del mismo y a aquellos en cuyo nombre se ejerce<sup>72</sup>. Por ello, parece escasamente compatible con los valores constitucionales una Sala de Vistas en la que la zona de estrados está más elevada que el espacio asignado a los ciudadanos, pues transfiere un mensaje visual de que el Poder Judicial no sólo está desvinculado de su fuente de legitimación —la comunidad cívica—, de ahí su separación, sino que, además, tiene supremacía sobre él —de ahí su ubicación por encima de él<sup>73</sup>—.
- La ubicación del acusado en la Sala de Justicia que denote que es un sujeto procesal que es tratado como un inocente —no como alguien sospechoso al que se coloca en un lugar específico que lo identifica como tal, el banquillo, creando lo que se ha denominado como una predicción social de culpabilidad, que alcanza un máximo potencial difusor con las imágenes del juicio que pueden ofrecer los disímiles medios de comunicación social—, que se defiende de una imputación por sí mismo y el complemento ineludible, en nuestra legislación, de la asistencia técnica de un abogado —con el que, por lo tanto, tiene que tener la opción real de comunicarse en todo momento durante el juicio, tarea no factible si está situado a metros de él—, y que puede hacer interrogar a los testigos de cargo y de descargo y dirigirse en último lugar al tribunal —lo que precisa que, si no conoce el idioma en el que se desarrolla el juicio, tenga un intérprete que le traslade el contenido de lo declarado por testigos y peritos, sin limitarse a ser un medio para que el tribunal conozca los términos de lo declarado por el acusado—.

El tratamiento de la víctima en el juicio en términos compatibles con su dignidad, con especial mención a las condiciones específicas de

---

<sup>72</sup> El artículo 1.2 CE dispone que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado y el artículo 117.1 CE declara que la justicia emana del pueblo.

<sup>73</sup> En palabras de HERNÁNDEZ GARCÍA, refleja una percepción de las relaciones entre ciudadano y poder público marcadas por intensos trazos de verticalidad y de distancia. «84 cuestiones ...», p. 17.

acogida-atención y apoyo, atención y protección para las víctimas especialmente vulnerables, en especial los menores de edad<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Un desarrollo de esta perspectiva, IJ. SUBIJANA ZUNZUNEGUI: «El proceso penal: los menores de edad en el debate probatorio», *Revista del Poder Judicial*, 85, 2007, pp. 427 y ss. En el plano legal, a través de lo previsto en los artículos 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim es posible dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, y que sea grabada para una posterior utilización, y asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes. Es legítimo, también, que la exploración se realice evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin puede acudir a la videoconferencia o sistema técnico similar. En el plano jurisprudencial, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en sentencia de 16 de junio de 2005, C-105/2003, Caso Pupino, declara que los artículos 2, 3 y 8 apartado 4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal debiera interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta; la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, señala que quien es sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior; la STC 174/2011, de 7 de noviembre, indica que cuando la víctima es menor de edad resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazando su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligado, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral. Por lo tanto, la protección de las víctimas menores de edad o especialmente vulnerables justifica evitar la reproducción de interrogatorios que pueden alimentar una victimación secundaria, acudiendo a la grabación de su primera declaración judicial, así como preservar que la misma se realice con la ayuda de expertos o especialistas que eviten daños adicionales derivados del modo de efectuar el interrogatorio. Pero, de forma coetánea, el derecho de defensa del acusado exige que tenga la opción de interrogar, directamente o través de persona interpuesta, a la víctima menor de edad o especialmente vulnerable. Por ello, en los casos en los que la víctima no ha declarado en ninguna fase del procedimiento y ha existido condena acudiendo a testimonios de referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que la condena se ha obtenido con vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio (así, SSTs de 20 de septiembre de 2992, 14 de marzo de 2006, 10 de diciembre de 2009, 27 de mayo de 2010 y 10 de noviembre de 2010. Por el contrario, se ha estimado que no ha existido la referida vulneración cuando se reprodujo en el juicio la grabación de la declaración sumarial de la menor realizada ante el Juez de Instrucción, en presencia del Ministerio Fiscal y el Letrado del imputado en la SSTs de 10 de marzo de 2009 y 10 de diciembre de 2009. Finalmente, el artículo 24 a) de la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre estipula que, entre otras medidas, los Estados miembros garantizarán que todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en los procesos penales.

# Mitología y realidad de la justicia restaurativa. Aportaciones del desarrollo de la justicia restaurativa en Europa y su repercusión en la C.A. de Euskadi

Gema Varona Martínez  
Doctora investigadora en el IVC/KEI

«La luna blanca quita al mar  
el mar, y le da el mar. Con su belleza,  
en un tranquilo y puro vencimiento, hace que  
la verdad ya no lo sea,  
y que sea la verdad eterna y sola  
lo que no lo era.

Sí.

¡Sencillez divina,  
que derrotas lo cierto y pones alma  
nueva a lo verdadero!...»

(Juan Ramón Jiménez,  
*Diario de un poeta recién casado*, 1916)

## I. Introducción

Este texto es fruto de la amable invitación de Ignacio Subijana para participar en las *IX Jornadas de Derecho penal en homenaje a José M.<sup>a</sup> Lidón: Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI. Potencialidades y retos*, organizadas en Bilbao, los días 21 y 22 de noviembre de 2012, por la Dirección de Justicia del Gobierno Vasco y el Consejo General del Poder Judicial. No hubiera surgido si la grave injusticia cometida por ETA contra José M.<sup>a</sup> Lidón, su familia y toda la sociedad vasca no se hubiera producido. Me siento muy agradecida por esta segunda oportunidad de recordarle, con respeto, cariño y emoción. Su injusta ausencia es motivo de profundo dolor, pero también de exigente responsabilidad hacia un futuro que no olvide qué hizo posible ese horror del pasado que se traslada aún, para muchísimas víctimas, al presente.

**Cuadernos penales José María Lidón**

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 59-76

Sin duda vivimos tiempos donde nos jugamos cuestiones éticas fundamentales. Es en esos tiempos donde también puede enmarcarse el debate actual sobre la justicia restaurativa. En este trabajo se hará de forma general y descriptiva, desde la perspectiva de la Victimología crítica<sup>1</sup>, sin ceñirnos a las victimizaciones terroristas, objeto de otras investigaciones que, en todo caso, requieren de mayor desarrollo<sup>2</sup>.

La lógica del sistema penal actual no resulta adecuada en muchas ocasiones para aminorar los procesos de victimización. Desde parte de la política y desde algunos medios de comunicación parece reforzarse la idea de que las víctimas tienen derecho al castigo del culpable, pero jurídicamente no es así. Las víctimas tienen derecho, como cualquier ciudadano, a la tutela judicial efectiva, tienen derecho a exigir al Estado que investigue los hechos de forma diligente y que se juzgue al presunto culpable, conforme al Estado de Derecho, y se dicte una sentencia, en caso de que haya pruebas suficientes, en que se establezca si es responsable y en qué grado, de forma que se imponga un pena proporcional que habrá de ejecutarse, según las normas del Derecho penal y penitenciario, donde expresamente se menciona la reinserción. En todo ese camino, importa más el respeto a la presunción de inocencia que la imposición del castigo. A pesar de las reformas legales, ese castigo, incluso para los delitos más severos, nunca será ilimitado en el tiempo y, probablemente, nunca será percibido como suficiente para algunas personas que han sufrido una gravísima victimización.

Las víctimas tienen unas expectativas demasiado altas respecto de la administración de justicia. Hoy por hoy, y a pesar de las mejoras en ciertas leyes, prácticas y formación de sus profesionales, la justicia penal sigue girando alrededor de una lógica garantista en favor del detenido o imputado, una lógica que supuso un gran avance en la defensa de los derechos humanos en el siglo XVIII, pero que hoy resulta insuficiente porque no considera de forma adecuada y autónoma los derechos, necesidades y expectativas de las víctimas, quienes también merecen un trato individualizado y una inversión en su recuperación, de

---

<sup>1</sup> Existe una relación fundamental entre la Victimología, particularmente en las investigaciones sobre la no denuncia y la confianza en la justicia, y el estudio de la cultura y la cosmovisión jurídicas, según ha sido constatado por Rebecca French y otros autores. Las cosmologías se encuentran en constante cambio interactivo y contienen paradigmas aparentemente contradictorios. El componente mítico tiene un gran peso. En principio, la justicia restaurativa invita a los ciudadanos afectados por los conflictos definidos como tales por el Código penal a buscar libremente, desde el encuentro, desde la convivencia en respeto e igualdad, soluciones conjuntas.

<sup>2</sup> Vid., entre otros, VARONA (2012b; 2012c; 2012d; y 2013).

forma que no quede supeditada a la reinserción de victimario, como tampoco la de éste puede quedar supeditada a aquélla.

Al vincular sus expectativas de justicia con el castigo del culpable (cuando, además, a veces no se halla un culpable o tan siquiera un sospechoso), se acentúa un sistema antagonista, y se las priva de otras posibilidades reales de justicia, más allá de las reparaciones económicas, donde se respete mejor su autonomía y se les ofrezca un trato más personalizado y humano que potencie su recuperación y respete su dignidad. Merece la pena innovar y explorar las posibilidades de ese cambio de lógica en las propuestas de justicia victimal de Antonio Beristain y otros autores como Reyes Mate, y mientras fomentar cambios en la cultura organizacional y profesional que procuren un trato acorde con el principio de humanidad.

Las víctimas no tienen derecho a dictar sentencias ni a intervenir de forma directa en las políticas penales y penitenciarias, pero sí tienen el derecho de participación, particularmente en victimizaciones muy graves con dimensiones políticas, de forma que sean escuchadas y puedan valorarse sus puntos de vista que, tantas veces en esta esfera, han hecho mejorar las lagunas existentes. Nos encontramos ante una tarea compleja, pero cuyo debate merece la pena en la mejora de nuestros sistemas de justicia. Más aún si consideramos la justicia como necesidad humana básica (Taylor 2009).

En otros trabajos hemos explorado el choque o contradicción de percepciones o discursos existentes en la actualidad (Varona 2013):

- a) Parte de la opinión pública y de los partidos políticos piensan que las víctimas tienen excesivo protagonismo, mientras que las propias víctimas se sienten ninguneadas y manipuladas.
- b) Muchos penalistas y activistas de derechos humanos creen que las víctimas contribuyen al populismo punitivo, mientras que las víctimas perciben que el sistema penal gira principalmente alrededor del victimario, para el que se pide un trato individualizado, mientras que no es así para ellas. Perciben también que la reinserción parece tener mayor peso que su recuperación y reparación.

Nos interesa, desde planteamientos críticos, indagar en cómo el desarrollo de la justicia restaurativa, como modelo teórico y como práctica real, introduce elementos para entender mejor las bases que fundamentan esa aparente contradicción de percepciones y posiciones.

Para ello, realizaremos primero una revisión del estado de la cuestión y aludiremos brevemente, después, a recientes textos normativos del Consejo de Europa y la Unión Europea, donde queda reflejada de

forma diversa dicha contradicción. Sólo nos quedará concluir con una pequeña recapitulación y una propuesta de puntos para el debate, agradeciendo a los compañeros de las Jornadas sus ricas aportaciones.

## II. Revisión del estado de la cuestión: ¿Igualdad de acceso en el espacio europeo? Teorización de la justicia restaurativa y práctica comparada

La justicia restaurativa constituye un concepto complejo y, en ocasiones, equívoco. Su origen concreto se encuentra en la innovación en la respuesta a las infracciones penales poco graves cometidas por menores en Norteamérica en los años setenta, vinculada al movimiento menonita. Surgió de la insatisfacción de los profesionales y voluntarios relacionados con el sistema de justicia penal de menores con las respuestas existentes, apareciendo después diversas construcciones teóricas que, de algún modo, supusieron lo que se conoce en Sociología como *grounded theory* o teorías construidas a partir de la experiencia empírica, no tanto para validar hipótesis ya formuladas, sino para formularlas y revisarlas dentro de la búsqueda de un entendimiento de su significado teórico y aplicado (Kelle 2005)<sup>3</sup>.

Hoy puede hablarse de una globalización de los programas de justicia restaurativa, también en el campo de los adultos<sup>4</sup> y de los delitos

---

<sup>3</sup> En la formulación teórica destacan las obras clásicas de Christie, Barnett, Zehr, Braithwaite y Braithwaite y Pettit. Para una revisión del estado de la cuestión general, en su desarrollo y aplicaciones internas y comparadas, vid. TAMARIT (2012).

<sup>4</sup> Cfr. sobre la mediación como instrumento de trabajo en los centros de internamiento Montero (2012). Esta cuestión ya fue objeto de una investigación por parte de Alberto Olalde hace varios años, como tesina presentada en el Master del IVAC/KREI. Cfr. la web del proyecto «EU RECO STREET VIOLENCE» del Foro Europeo de la Seguridad Urbana, proyecto iniciado en 2011 y en el que ha participado el Ayuntamiento de Barcelona. No sólo se ocupa de bandas también de problemas de delincuencia juvenil y se menciona la utilidad de la justicia restaurativa (<http://www.streetviolence.eu/index.php?id=31890>). En relación con ello, en un completo estudio de Sampson en los EE. UU. se concluye señalando los canales de interacción de las dinámicas individuales, vecinales y estructurales (2012). Dentro del *Proyecto sobre Desarrollo Humano en los Barrios de Chicago (Project on Human Development in Chicago Neighborhoods)*, el autor ha recogido numerosos datos longitudinales de niños, familias y barrios. Se indica que los contextos vecinales son en sí mismos importantes en la calidad y cantidad de los comportamientos humanos y relaciones sociales. Mediante la utilización de la Ecometría, el autor analiza las dimensiones estructurales y culturales, pero también de decisión individual y de percepciones subjetivas. En contraste con otras investigaciones, señala que sí resultan efectivas las políticas sociales y victimales basadas en dichos contextos vecinales o de barrio. En este sentido, los barrios con una rica vida comunitaria, con or-

graves o muy graves, desde el punto de vista de su configuración en el Código penal, ya que no podemos olvidar la dimensión subjetiva de toda victimización.

A pesar de la gran diversidad de prácticas y programas restaurativos, existe un entendimiento común básico —reflejado en la normativa, los congresos y las publicaciones sobre este tema—, aunque con matices y contradicciones. Ese entendimiento común ha sido propiciado por el desarrollo de un corpus jurídico internacional, de distinta fuerza normativa. Las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea han sido las principales instituciones en promover unos estándares básicos, entre los que se incluye un énfasis por la evaluación de dichos programas y prácticas. Una vez más, conviene destacar esta cuestión en un país donde existen muchas reticencias hacia la transparencia de las instituciones y donde, como en otros lugares, es exigible también a los investigadores una perspectiva crítica para poder estudiar realmente qué es y qué efectos, deseados o no, pretendidos o no, tiene la justicia restaurativa.

Nos gustaría aludir, de forma ilustrativa, a algunos resultados de distintas investigaciones sobre justicia restaurativa presentados en el Congreso de la Sociedad Europea de Criminología, celebrado en septiembre de 2012 en Bilbao<sup>5</sup>. Entre otras cuestiones, se apuntaron las ocho siguientes:

- a) A las posibilidades de la justicia restaurativa en delitos graves y muy graves, como los de terrorismo (Faraldo), incluso para delitos sexuales en contextos de conflictos armados (Zinsstag).
- b) A la identificación y difusión de las mejores prácticas europeas, para menores y adultos, sobre justicia restaurativa (proyectos *Greifswald* y *Freedom Wings*)<sup>6</sup>, concluyendo que la definición de la justicia restaurativa tiene que ver, para la mayor parte de

---

ganizaciones sociales, con lo que se denomina *eficacia colectiva*, tienen un control social informal mayor, compartiendo expectativas que favorecen la confianza. El autor trata así de temas de desigualdad y pobreza y también de las relaciones altruistas en la sociedad. Finalmente se señala la necesidad de un enfoque en estrategias de intervención que integren las políticas de seguridad pública (con reuniones de residentes con la policía local para definir los problemas), con políticas amplias más allá de la seguridad en relación con los procesos de organización social y participación ciudadana.

<sup>5</sup> A la espera de las diversas publicaciones sobre las investigaciones presentadas, puede verse el programa del Congreso, con los resúmenes de las intervenciones, en <http://www.esc-eurocrim.org/files/Eurocrim2012-%20Book%20of%20Abstracts.pdf>, donde aparecen los autores y proyectos citados en este apartado.

<sup>6</sup> Asimismo, cfr. el proyecto financiado por la UE de Lummer, Hagemann y Nahrwold (2012).

los profesionales entrevistados, con las relaciones humanas y sociales y un cambio de cultura que siga un modelo de responsabilidad ecológica.

- c) A la expansión de la lógica restaurativa en el conjunto de la administración y de los agentes sociales de una ciudad y su funcionamiento en el sistema penal con un enfoque de reforzamiento de los factores de resiliencia ante la delincuencia y la victimización, más que de mera punición (Johnstone, Green y Martin).
- d) A los resultados generales positivos —como en otros estudios sobre victimizaciones terroristas, concebidas desde la vulnerabilidad—, mediante el análisis de programas alemanes y austriacos, sobre la mediación en violencia contra las mujeres, aunque no para casos muy graves, rompiendo con el estereotipo de desequilibrio estructural y personal de poder y los riesgos de revictimización (Vázquez-Portomeñe, Pérez y Gude; Konidari).
- e) A los riesgos perceptibles en países como Noruega, donde existe un servicio nacional de mediación, de una presión hacia la cantidad de asuntos mediados por encima de la calidad de los procesos (Holmboe). También se cuestiona hasta qué punto una mayor intervención de los letrados en los encuentros y una flexibilidad del formato de la mediación, sin encuentro cara a cara, permiten concluir que estos programas son plenamente restaurativos.
- f) A la importancia de un sistema estadístico o registro sistemático con acceso a los investigadores, como ocurre en Bélgica (Bursens), de manera que pueda extraerse información fiable sobre los perfiles de las personas y los tipos de delitos de los casos que más se derivan a mediación, en que se llega a un acuerdo y en que se cumple.
- g) Incluso existiendo legislación específica, en algunos países se echa en falta la promulgación de directrices formales para distintos operadores jurídicos (jueces, fiscales, letrados, mediadores o facilitadores...), la falta de recursos, incluyendo la disposición de mecanismos concretos para apoyar los procesos restaurativos, y la ausencia de formación continua de los facilitadores (Konidari).
- h) Algunos estudios se han centrado en las posibilidades de reformular las teorías de la responsabilidad penal desde el marco restaurativo, para que puedan ser utilizadas en el marco del proceso penal, distinguiendo entre responsabilidad (*responsibility*) y asunción de la responsabilidad como compromiso y re-



sultado hacia la reparación de un daño a una persona concreta (*accountability*), sin que se funcione en la práctica como una variante meramente punitiva. Estas cuestiones se han estudiado principalmente respecto del análisis de las conferencias en el campo de menores (Doak y O'Mahony).

Puede concluirse afirmando que la inmensa mayoría de las prácticas y programas restaurativos se insertan dentro de la justicia penal, no como algo alternativo<sup>7</sup>, sino complementario y que falta ahora que el propio sistema penal, lo cual es complicado ya que supone un cambio de lógica (Shapland 2011), evolucione hacia una integración de algunos conceptos de la justicia restaurativa.

Se advierte la existencia de países más o menos favorecedores de los programas restaurativos, independientemente de la legislación específica. Esta cuestión plantea interesantes cuestiones sociojurídicas que han sido abordadas en el Foro Europeo de Justicia Restaurativa, donde también se ha puesto de relieve, particularmente durante la elaboración de la nueva Directiva de la UE sobre los derechos de las víctimas, la necesidad de garantizar la igualdad de acceso a la justicia restaurativa, independientemente del lugar donde se cometa el delito. Aunque aquí prima la soberanía estatal y la interpretación legal de la dimensión objetiva de la gravedad del delito, lo cierto es que se advierten contradicciones si pensamos en las posibilidades de reparación en algunos delitos de cuello blanco y de mediación en violaciones graves de derechos humanos, como veremos a continuación.

### **III. Algunas cuestiones de la justicia restaurativa reflejadas en textos normativos recientes del Consejo de Europa y de la Unión Europea**

Con un criterio sistemático cronológico, advirtiendo de la diversidad de su carácter jurídico vinculante, así como de las fases concernidas del proceso penal, merece la pena aludir a cuatro textos normativos recientes procedente del Consejo de Europa y de la Unión Europea. De algún modo reflejan aspectos de la práctica interna y comparada en justicia

---

<sup>7</sup> Pretensión fuera de la realidad por las limitaciones inherentes de la propia justicia restaurativa respecto del gran principio de voluntariedad de las partes. Asimismo, la teorización de la justicia restaurativa nunca ha abarcado la determinación de si los hechos son o no una infracción penal y quién es la persona responsable, cuestiones que siempre concernirán a la justicia clásica garantista.

restaurativa, de forma que se advierte una mayor facilidad para su desarrollo en el ámbito de la ejecución de las penas —quizá por salvarse los problemas de la presunción de inocencia y otras cuestiones de la articulación con el sistema penal—.

Además, sin argumentos empíricos, se aprecia la consolidación de un movimiento que ve con suspicacia la justicia restaurativa. La base de la argumentación, no contrastada en modo alguno con las investigaciones empíricas, es que la justicia restaurativa puede favorecer la victimización secundaria más que el sistema clásico. Esta argumentación parte de la catalogación monolítica, y algo paternalista, de «víctimas vulnerables», en lugar de facilitar la individualización de cada caso y poner los recursos necesarios para la protección, recuperación y resiliencia de las víctimas. Finalmente, esta suspicacia parece desvanecerse para otros delitos cuando existe una mención, escueta pero expresa, a las posibilidades complementarias de la mediación en las violaciones graves de derechos humanos.

### 1. *La justicia restaurativa en las Reglas de Probation del Consejo de Europa (2010)*

En línea con las normas penitenciarias europeas de 2008, la Recomendación (2010)<sup>1</sup> del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Normas de *Probation*, adoptadas el 20 de enero de 2010, se refiere a las sanciones en la comunidad o alternativas a la prisión, así como a la libertad condicional y a los procesos de reinserción.

Destacamos aquí estas Reglas porque en el glosario final de los términos utilizados en dicha Recomendación, se recoge la siguiente definición, acertada en cuanto que subraya la participación en la reparación a través de cinco puntos:

«La justicia restaurativa incluye perspectivas y programas basados en varias asunciones básicas:

- a) que la respuesta a los delitos debería reparar tanto como sea posible el daño sufrido por la víctima;
- b) que debería hacerse entender a los ofensores que su comportamiento no es aceptable y que ha producido consecuencias reales para la víctima y la comunidad;
- c) que los ofensores pueden y deben asumir la responsabilidad de sus acciones;
- d) que las víctimas deberían tener una oportunidad para expresar sus necesidades y para participar en la determinación de la mejor forma en que el ofensor puede reparar;

- e) y que la comunidad comparte la responsabilidad de contribuir en este proceso».

En su punto 97, sobre las *prácticas de justicia restaurativa*, se recalca la relevancia de los distintos derechos y garantías en juego:

«Cuando las instituciones de *probation* se impliquen en procesos de justicia restaurativa, los derechos y responsabilidades de los ofensores, las víctimas y la comunidad deben estar claramente definidos y reconocidos. Debe proporcionarse formación adecuada al personal de *probation*. Cualquiera que sea la intervención específica utilizada, el principal objetivo debe ser la reparación del daño producido».

## 2. *La justicia restaurativa en las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Erradicación de la Impunidad para Violaciones Graves de Derechos Humanos (2011)*

Sin perjuicio de la doctrina internacional sobre impunidad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, desarrollada por las Naciones Unidas en el ámbito de los crímenes contra la humanidad, nos referiremos ahora a las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Erradicación de la Impunidad para Violaciones Graves de Derechos Humanos*<sup>8</sup>. Estas Directrices se basan en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y en el trabajo del Comité Europeo contra la Tortura.

Al final de documento se hace referencia a que los Estados deberían considerar el establecimiento de mecanismos no judiciales, como investigaciones públicas parlamentarias o de otro tipo, defensores, comisiones independientes y *mediación*, como procedimientos complementarios útiles a los remedios judiciales internos que garantiza la Convención Europea de Derechos Humanos (XV). En todo caso, los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para establecer mecanismos accesibles y efectivos que aseguren que las víctimas de violaciones graves de derechos humanos reciben una reparación pronta y adecuada por el daño sufrido. Esto puede incluir medidas de rehabilitación, compensación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición (XVI).

<sup>8</sup> Adoptadas en su 1.110.ª reunión, el 31 de marzo de 2011. Véanse todos los documentos sobre esta línea de estudio de la impunidad por el Consejo de Europa en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/DH-I/default\\_.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/DH-I/default_.asp).

### 3. *La justicia restaurativa en el Convenio de Estambul del Consejo de Europa (2011)*

Este Convenio, aprobado el 7 de abril de 2011, se refiere a la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con un entendimiento de la discriminación que supone que la victimización por determinados delitos recaiga de forma desproporcionada sobre las mujeres. Aunque España lo firmó el 11 de mayo de ese año, a finales de octubre de 2012 sólo había sido ratificado por Turquía, siendo necesarias diez ratificaciones, al menos ocho de Estados miembros.

En su art. 48 se prohíben los procesos alternativos (ADR<sup>9</sup>) *obligatorios*, incluyendo la mediación y la conciliación, respecto de todas las formas de violencia cubiertas por el Convenio. No hay referencia alguna a la «justicia restaurativa», pero parece un cierto sin sentido prohibir la obligatoriedad cuando, por definición, un principio básico de la justicia restaurativa es la voluntariedad<sup>10</sup>, junto con la protección y el empoderamiento de la parte más débil.

### 4. *La justicia restaurativa en la nueva Directiva de la UE (2012)*

Dado su contenido y carácter vinculante, resulta fundamental aludir a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE de 14 de noviembre de 2012).

Otros compañeros de las Jornadas se han detenido en el contenido de esta importante Directiva, por lo que sólo quisiera destacar algunas cuestiones relevantes desde el punto de vista de la investigación en justicia restaurativa.

Aunque la Decisión marco sólo contenía tres artículos que mencionaban la mediación penal, sirvió de base para articular diversas regulaciones internas, si bien no garantizó un desarrollo normativo igual y homogéneo en toda la UE, pudiéndose distinguir países en que

---

<sup>9</sup> *Alternative Dispute Resolution*.

<sup>10</sup> Sobre la necesidad de un consentimiento informado (sobre derechos, dinámica y resultados) y libre, asistido por letrados que evite la coerción ante alternativas desproporcionadas, cfr. el caso Deweer de la Corte Europea de Derechos Humanos, 27.02.1980, Series A N.º35.

el esfuerzo por aprobar normas específicas ha sido mayor (Miers y Aertsen 2011).

Además, de la Decisión, en el desarrollo de la justicia restaurativa ha jugado un importante papel el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Concretamente puede aludirse dos sentencias. La primera es la sentencia de 21 de octubre de 2010, Sala 2.<sup>a</sup>, caso Eredics, asunto C-205/09, donde se dice:

«El artículo 10 de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a permitir la mediación para todas las infracciones cuya conducta típica, definida por la normativa nacional, coincida en lo esencial con la de las infracciones para las que esta normativa sí prevé expresamente la mediación».

En definitiva, venía a concluirse que la Decisión marco no impedía que la legislación nacional permitiese la mediación con personas jurídicas, pero si no lo hacía no se vulneraba la Decisión marco.

En la sentencia de 15 de septiembre de 2011, en los asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10 (Gueye), se indicaba lo siguiente:

«El artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones».

En todo caso, deben aportarse criterios objetivos contundentes para esa exclusión, cuestión discutida por varios países. Por otra parte, en la sentencia se entendió que las medidas imperativas de los Estados de protección de las víctimas no van, en estos supuestos, en contra de la dignidad y autonomía de las víctimas, base de la Decisión marco.

La respuesta del TJUE en los asuntos planteados mostraba la necesidad de una regulación europea que garantizase simultáneamente la flexibilidad y la seguridad jurídica, siguiendo el modelo de la Directiva 2008/52/EC, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ciertamente, la justicia restaurativa merecería su propia Directiva.

La Directiva aprobada sobre los derechos, apoyo y protección a las víctimas de los delitos tiene sus luces y sus sombras respecto de esta cuestión. En todo caso debe resaltarse su carácter de norma mínima.

Por parte del Foro Europeo de Justicia Restaurativa se ha criticado la supresión de la obligación estatal de promover la mediación. Además,

no se garantiza la igualdad de acceso<sup>11</sup>, pero sí se avanza en cuanto que se recoge el principio de no discriminación y el derecho a la información. Finalmente, se presupone el riesgo de victimización secundaria, según la literalidad del art. 12 respecto de las garantías en el proceso de justicia restaurativa.

Entre los aspectos positivos, se ha subrayado la mención expresa a una definición de «justicia restaurativa»<sup>12</sup>. También se recoge que los Estados miembros deben facilitar la derivación de casos a los servicios de justicia restaurativa (art. 12) y tomar medidas para asegurar una formación adecuada de sus profesionales (art. 25). De cara a la investigación y evaluación, resulta fundamental la exigencia y control en la recogida de estadísticas (arts. 28 y 29).

En definitiva, la Directiva concibe la justicia restaurativa como una respuesta voluntaria unida a la administración de justicia penal, que puede implicar riesgos para las víctimas, pero que ha venido para quedarse.

#### IV. Recapitulación

A pesar de su aceptación internacional y comparada, no existe una alusión normativa interna expresa al término *justicia restaurativa* —ni siquiera en la jurisdicción de menores—. Además de algunos documentos bibliográficos que recoge el CGPJ en su página web y de las escasas referencias en diversos protocolos de actuación de Comunidades Autónomas como la de Euskadi, sólo encontramos referencias explícitas a la «justicia restaurativa» por parte de la web de Instituciones Penitenciarias, cuestión que, de momento, no parece que cambiará en el futuro Estatuto de la Víctima y la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Según las investigaciones desarrolladas en el IVAC/KREI, las mejores prácticas existentes actualmente bajo estándares garantistas restaurativos son las que simultáneamente:

- procuran un consentimiento informado y libre sobre los derechos, la dinámica y los resultados de los procesos restaurativos;

---

<sup>11</sup> Vid. el art. 1; el art. 4. 1 j; el art. 4. 2; y el art. 2. 2 a, respecto de familiares como víctimas indirectas.

<sup>12</sup> En la versión española del texto se habla de justicia *reparadora*. Vid. los considerandos preliminares; el art. 1; y el art. 2.1.d.

- involucran de forma coordinada a los servicios sociales y de apoyo, particularmente en las modalidades de conferencias y círculos;
- manejan una concepción amplia de la reparación;
- cuentan con una agencia coordinadora y evaluadora;
- y disponen de una regulación básica que garantiza los derechos de las partes y la igualdad de acceso en diferentes tipos de delitos y de fases procesales, permitiendo a su vez una respuesta flexible y personalizada, en que las partes —en sentido amplio— sean las protagonistas.

Podemos terminar con una reflexión sobre el impacto del desarrollo de la justicia restaurativa en Europa en la creación de los servicios públicos de mediación penal en el País Vasco, hoy denominados de mediación intrajudicial (SMI). Sin duda ese impacto ha facilitado su creación, pero también nos gustaría destacar cuatro aportaciones de los propios servicios al conocimiento y la práctica general de la justicia restaurativa en Europa:

- a) La CAPV fue pionera en la creación y mantenimiento de servicios públicos con una concepción integral, que ha merecido el reconocimiento del Foro Europeo de Justicia Restaurativa en 2012.
- b) Son los únicos servicios que han realizado un ejercicio de transparencia con sometimiento a una evaluación externa.
- c) Los protocolos de actuación, en relación con las distintas fases a desarrollar, han servido de modelo a los de otras Comunidades Autónomas.
- d) Se ha favorecido el desarrollo, innovador y polémico, de encuentros restaurativos en victimizaciones terroristas, a partir de 2011. Aunque no tienen que ver directamente con los SMI, algunas personas que trabajaron en ellos, enriquecieron con su experiencia los encuentros restaurativos, objeto de interés en otros países.

Al no haber realizado estudios empíricos desde 2010, respecto del trabajo de los SMI, no podemos aportar conclusiones actualizadas, pero una primera impresión permite concluir que no son ajenos a las limitaciones y a los peligros a los que se enfrentan otros servicios en Europa: reducción de recursos, falta de estatuto de los mediadores y facilitadores, reticencias a las formas grupales de procesos restaurativos, necesidad de coordinación de los operadores jurídicos, etc.

Debe cuestionarse la asunción de que la justicia restaurativa es *per se* una mejor justicia, una mejor manera de responder a la delincuen-

cia y la victimización, siendo precisa una actitud crítica que diferencie, como sugiere Daly (2002), entre la verdad mítica y la realidad. Se precisan estudios que verifiquen en qué condiciones los programas producen principalmente efectos constatables de un trato más humano, inclusivo y menos estigmatizante, reforzando los vínculos sociales. También debemos analizar la justicia restaurativa en sus dimensiones de procesos, lenguaje y valores. Este cuestionamiento permanente no hará sino enriquecer las aportaciones de los programas restaurativos, aunque algunos verán en sus límites su falta de «éxito». A juzgar por las conclusiones de muchos profesionales, usuarios e investigadores, quizá no adviertan que el sistema penal actual está muriendo precisamente de éxito, no por haber sido evaluado, sino por convertirse en hegemónico y no permitir la evolución del principio de humanidad en un mejor entendimiento para víctimas, victimarios y sociedad.

Los dilemas teóricos y prácticos que plantea la justicia restaurativa son inmensos y sólo mediante un trabajo interdisciplinar podremos abarcarlos. Entre los puntos para el debate interdisciplinar, científico y social, se encuentra el siguiente aspecto fundamental, formulable a través de diversas preguntas:

¿Cuáles son las dificultades y riesgos de introducir consideraciones y elementos extrajurídicos en el Derecho? ¿Existe el riesgo de convertir las garantías en terapia? ¿Cómo considerar las necesidades, emociones e intereses (subjetivos) junto con los derechos (objetivos y basados en la racionalidad)?

Sólo la extensión del debate, de manera compleja para evitar dualismos reductores y contemplar la realidad cambiante, permitirá que la administración de justicia, particularmente en victimizaciones graves, pueda gestionar de forma más razonable derechos y emociones con un trato justo, garantista y humano. Sin duda, José M.<sup>a</sup> Lidón nos hubiera ofrecido luz y valentía para afrontar un debate en el que le echamos de menos.

## V. Bibliografía

- BERISTAIN IPIÑA, Antonio (2007): *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOLIVAR, Daniela (2012): *Victim-offender Mediation and Victim's Restoration: A Victimological Study in the Context of Restorative Justice*. Tesis presentada en la Universidad Católica de Lovaina.
- BRAITHWAITE, John (1989): *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.



- CRANK, J.P. (2003): *Imagining Justice*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Company.
- CUESTA, José Luis de la (2011): «Actualidad del discurso penal ilustrado: El principio de humanidad». Conferencia de ingreso en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. En *Nuevos Extractos de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País/Euskaleerriaren Adiskideen Elkarte*, Suplemento 19-G. Donostia-San Sebastián.
- DAICOFF, Susan (2006): «The Comprehensive Law Movement: An Emerging Approach to Legal Problems», *Scandinavian Studies in Law* 49: 109-129.
- DALY, Kathleen (2002): «Restorative Justice: The Real Story», *Punishment and Society: The International Journal of Penology* 4: 55-79.
- DOAK, Jonathan y David O'MAHONY (2011): «Developing Mediation and Restorative Justice for Young Offenders Across Europe». En *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, editado por F. Dünkel et al. Mönchengladbach: Forum.
- EREZ, Edna; Michael KILCHING y Jo-Anne WEMMERS (eds.) (2011): *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice: International Perspectives*. Carolina Academic Press.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2012): «Justicia restaurativa y fines del derecho penal». En *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso*. Madrid: Reus.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos (2005): *Terrorismo y derechos humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*. Madrid: Dykinson.
- FINKELSTEIN, Ray (2011): «The Adversarial System and the Search for Truth», *Monash University Law Review* 37: 135.
- FRANKENBERG, Kiyomi V (2010): «Reciprocity in Retaliation and Mediation as a Means of Social Control». En *Retaliation, Mediation and Punishment. Summary of Proceedings IMPRS REMEP Winter University 2009*, editado por A. Armsborst y D. Jensen. Friburgo: MPI.
- IGARTUA, Idoia, Alberto OLALDE y Gema VARONA (2012): *Diccionario breve de justicia restaurativa. Una invitación interdisciplinar e introductoria a sus conceptos clave*. Saarbrücken: Editorial Académica Española/LAP LAMBERT Academic Publishing.
- KARSTEDT, Susanne, Ian LOADER y Heather STRANG (eds.) (2011): *Emotions, Crime and Justice*. Oxford: Hart.
- KELLE, Udo (2005): «¿Hacer "emerger" o "forzar" los datos empíricos? Un problema crucial de la teoría fundamentada reconsiderada», *Forum Qualitative Social Research* 6, 2, art. 27 (accesible en <http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/467/3397>).
- LIND, E.A. y T. TYLER (1988): *The Social Psychology of Procedural Justice*. Nueva York: Plenum.
- LUMMER, Ricarda, Otmar HAGEMANN y Mario NAHRWOLD (2012): *Improving Knowledge and Practice of Restorative Justice. Scientific Report*. Kiel: Kiel University of Applied Sciences.

- MCGONIGLE LEYH, Brianne (2012): «Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings», *Journal of International Criminal Justice* 10, 2: 490-491.
- MIERS, D. e I. AERTSEN (2011): *Regulating Restorative justice. A Comparative Study of Legislative Provision in European Countries*. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft.
- MONTERO HERNANZ, Tomás (2012): «El principio de intervención mínima en la legislación penal juvenil española». *II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal*, Burgos 23 de marzo.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL (2012). *Reforming Juvenile Justice: A Developmental Approach*. Committee on Assessing Juvenile Justice Reform, Richard J. Bonnie, Robert L. Johnson, Betty M. Chemers, y Julie A. Schuck (eds.), Committee on Law and Justice, Division of Behavioral and Social Sciences and Education. Washington, DC: The National Academies Press.
- OFFICE FOR VICTIMS OF CRIME (2012): *Multidisciplinary Response to Crime Victims With Disabilities. Community Replication Guide* (accesible en <http://www.ovc.gov>).
- REYES MATE, Manuel (2008): *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*. Barcelona: Fundación Alternativas y Anthropos.
- (2011): *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos.
- RÍOS MARTÍN, Julián et al. (2012): «Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa en delitos graves». En *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso*. Madrid: Reus.
- RÖHLY, K.F. y S. MACHURA (1997): *Procedural Justice*. Oñati International Institute for the Sociology of Law/Ashgate.
- ROHNE, H.C. (2008): «Conceptualizing Punitiveness From A Victims' Perspective: Findings in the Context of the Al-Aqsa Intifada». En *International Perspectives on Punitivity*, editado por H. Kury y T. . Ferdinand. Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer.
- ROTH, M. (2010): *Crime and Punishment: A History of the Criminal Justice System*, 2.<sup>a</sup> ed. Belmont, CA: Wadsworth.
- SAEZ VALCÁRCEL, Ramón (2011): «Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas», *Cuadernos Penales José María Lidón* n.º 8: 71-125.
- SAMPSON, Robert J. (2012): *Great American City: Chicago and the Enduring Neighborhood Effect*. Chicago: The University of Chicago Press.
- SANCHEZ TOMÁS, José Miguel (2012): «El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea». En *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso*. Madrid: Reus.
- SCHECHTMAN, Lisa (2005): *Applications of Peacemaking Circles in Meeting the Mental Health Needs of Torture Survivors*. Tesis presentada en la Universidad de Denver (accesible en <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/schechtman-lisa.-applications-of-peacemaking-circles-in-meeting-the-mental-health-needs-of-torture-survivors/view>).
- SCOTT, M. and S. LYMAN (1968): «Accounts», *American Sociological Review* 33, 1: 46-62.

- SHAPLAND, Joanna (2011): «Restorative Justice and States' Uneasy Relationship with Their Publics». En *International and Comparative Criminal Justice and Urban Governance. Convergence, Divergence in Global, National and Local Settings*, editado por Adam Crawford. Cambridge: Cambridge University Press.
- SEN, Amartya Kumar (2010): *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2008): «Doctrines Regarding "The Fight Against Impunity" and "The Victim's Right for the Perpetrator to be Punished"», *Pace Law Review* 28, 4: 865-884.
- SKELTON, Ann y Makubetse SEKHONYANE (2007): «Human Rights and Restorative Justice». En *Handbook of Restorative Justice*, editado por Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness. Portland: Willan.
- STRANG, Heather (2002): *Repair or Revenge: Victims & Restorative Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- TAMARIT SUMALLA, Josep (coord). (2012): *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares.
- TAYLOR, Tony J.W (2009): «The Nebulous but Far from Negligible Concept of Justice», *International Perspectives in Victimology* 4, 1: 3-10.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema (1998): *El Jurado y la arquitectura de la verdad jurídico-penal*. Donostia-San Sebastián: Ceregui.
- (2012a): «El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: Avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un Derecho restaurativo interdisciplinar». En *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
  - (2012b): «Justicia restaurativa en supuestos de victimización terrorista: Hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 26: 201-245.
  - (2012c): «Autonomía personal, vínculo social y diálogo reparador: Potencialidades y límites de la justicia restaurativa en delitos de terrorismo». En *Justicia para la convivencia. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo»*. Junio 2012. Bilbao: Universidad de Deusto.
  - (2012d): «Garantías de acceso a la justicia para las víctimas desde la perspectiva de la justicia restaurativa, procedimental y terapéutica». Ponencia presentada en el II *Encuentro en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain*, organizado por el IVAC/KREI. Donostia-San Sebastián, 8 de noviembre de 2012.
  - (2013): «Estudio empírico exploratorio sobre los conceptos de justicia e impunidad. Expectativas, percepciones y experiencias de algunas víctimas del terrorismo en la CAPV, en relación con las de otros agentes sociales». Capítulo dentro del *Proyecto terrorismo e impunidad: Significado y respuestas desde la justicia victimal*. Informe inédito del IVAC/KREI para la Dirección de Atención a Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco. Donostia/San Sebastián.

- (2013) (en prensa): «On the Meaning of Impunity to Victims, Offenders and Society in Relation to Restorative Encounters Developed in Cases of ETA Terrorism in Spain», *International Journal of Restorative Justice*.
- (2013) (en prensa): «What Different ETA Terrorism Victims Fear of Restorative Encounters in Spain and How they Find Different Experiences of Justice». En *Internacional Handbook of Victimology*, editado por Inge Vanfraechem, Antony Pemberton y Felix Ndahinda. Londres: Routledge.
- VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., N. PÉREZ RIVAS y A. GUDE FERNÁNDEZ (2012): «HAIP (Germany) and ATA (Austria): An Overview of Their Special Methodology to Affront Mediation in Cases of Violence against Women». Póster presentado en el Congreso de la Sociedad Europea de Criminología, Bilbao, septiembre.
- WALKER, Lorenn y Rebecca GREENING (2011): *Reentry & Transition Planning Circles for Incarcerated People*. Honolulu: Hawai'i Friends of Justice & Civic Education.
- WEXLER, David B. (2011): «From Theory to Practice and Back Again in Therapeutic Jurisprudence: Now Comes the Hard Part», *Monash University Law Review* 37 (accesible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1580129](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1580129)).
- ZINSSTAG, Estelle e Ingrid VANFRAECHEM (eds.) (2012): *Conferencing and Restorative Justice: Challenges, Developments and Debates*. Oxford: Oxford University Press.

# Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España

Helena Soletto Muñoz

Profesora titular de Derecho procesal, Universidad Carlos III de Madrid

El nacimiento de la Justicia Restaurativa se atribuye a movimientos sociales y jurídicos en países del Norte de Europa y, sobre todo, en Canadá y Estados Unidos.

La mediación y la justicia restaurativa son corrientes de limitada eficacia en los países del sur de Europa, y concretamente en España, y en los últimos tiempos las aportaciones Europeas han sido cruciales para su desarrollo.

En este trabajo abordaré los inicios y modelos de Justicia Restaurativa (en adelante JR), las aportaciones europeas al desarrollo de la JR, los factores que dificultan la asimilación de la JR en los sistemas continentales, y los principios que entiendo que han de informarla.

## I. Génesis y modelos en Justicia Restaurativa

### 1. *Los factores de cambio en la Justicia Penal tradicional que provocan la génesis de la Justicia Restaurativa*

Podemos resumir en cinco los factores que en el siglo xx han ido produciendo cambios a diferente nivel en los sistemas de Justicia Penal occidentales tradicionales y que han permitido la eclosión de elementos de JR en distintos países:

- a) Corrientes retributivas.
- b) Corrientes de empoderamiento social.
- c) Ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia.
- d) Fines de reinserción.
- e) Importancia de la víctima.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 77-106

## a) CORRIENTES RETRIBUTIVAS

El inicio de la justicia restaurativa se atribuye a corrientes iniciadas en los años 60 en Estados Unidos; por un lado, el sistema judicial tradicional se presentaba insuficiente para reparar a las víctimas económicamente, y, por otro lado, la sociedad reclamaba participación en asuntos como la justicia penal, que tradicionalmente se había delegado en el Estado

Es de destacar que la participación de la víctima en el sistema anglosajón es procesalmente menos intensa (como es sabido, la participación del acusador particular en el sistema español es característico y excepcional respecto del derecho comparado), sin embargo el interés por la víctima es más relevante en la práctica, probablemente por el fin reivindicativo que lo impregna.

En el sistema estadounidense, el interés por la víctima con fin retributivo que imperó inicialmente se relajó a mediados del siglo XIX, recuperándose a partir de los años 70 del siglo XX el concepto de restitución<sup>1</sup>, absolutamente relevante en los últimos años a partir del informe presidencial sobre la cuestión, *President's Task Force Final Report*, de 1982. Antes de este informe, sólo en 8 Estados se regulaba la necesaria restitución a la víctima como parte de la sentencia de condena. A partir de esta iniciativa, se produjeron múltiples cambios normativos a nivel federal y estatal recogiendo derechos de la víctima.

## b) CORRIENTES DE EMPODERAMIENTO SOCIAL

También en los años 60 se desarrollaron en Estados Unidos nuevas formas de entender la convivencia y la vida en sociedad, resultando en iniciativas que promovían el empoderamiento de la sociedad y el desarrollo de programas en los que participen los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Estos programas se basan en la creencia de que las partes en conflicto deben participar activamente en la resolución de ella y mitigar sus consecuencias negativas. También se basan, en algunos casos, en una voluntad de volver a la toma de decisiones locales y el desarrollo comunitario. Estos enfoques también son vistos como un medio para fomentar la expresión pacífica de los conflictos, promover la tolerancia y la integración, fomentar el respeto a la diversidad y promover las prácticas responsables de la comunidad.

---

<sup>1</sup> TOBOLOWSKY *et alii*: *Crime victim rights and remedies*, North Carolina, EE.UU., 2010, pp. 153 y ss.

Se han llevado a cabo así nuevas formas de JR que ofrecen a las comunidades nuevos medios de resolución de conflictos. En muchos países, la idea de la participación de la comunidad goza de un amplio consenso, y parece que las prácticas de justicia restaurativa pueden servir para fortalecer la capacidad del sistema de justicia existente, sobre todo cuando existen componentes en la sociedad con muy diferentes condicionamientos culturales que afectan su visión de la justicia y su participación en ella, como puede ser el caso en Nueva Zelanda, donde el uso de círculos ha sido un avance importante.

Un reto fundamental para la justicia participativa es encontrar la manera de movilizar de manera efectiva la participación de la sociedad civil, garantizando al mismo tiempo la protección de los derechos e intereses de las víctimas y los delincuentes.

### C) INEFICACIA Y BÚSQUEDA DE SATISFACCIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En muchos países, la insatisfacción y la frustración hacia el sistema formal de justicia ha llevado a exigir respuestas alternativas a la delincuencia y el desorden social. La razón de esto es que no todos los conflictos son idénticos. Cada conflicto tiene sus propias características, las especialidades, el contexto, las razones, las partes, las emociones, y el fondo. Por lo tanto, cuando se trata de resolver un conflicto tal vez lo primero que debería estudiarse serían estos factores, con el fin de decidir cuál es la mejor forma de resolución

Es famosa la llamada conferencia Pound, «1976 National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», en la que el profesor Sander ofreció la idea de que se ha de posibilitar la forma de resolución más adecuada al conflicto, surgiendo el concepto del tribunal multipuertas, «multidoor courthouse», en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como jurisdicción, mediación, arbitraje, evaluación de experto, etc.<sup>2</sup>.

Surgieron entonces iniciativas que promovían la reparación, por una parte, e iniciativas que promovían la resolución del conflicto desde la comunidad. Ejemplos de las iniciativas reparatorias serían los paneles de reparación.

En relación con las actividades comunitarias, sigue siendo relevante el trabajo de los centros vecinales de justicia auspiciados por el grupo de trabajo de seguimiento de la conferencia Poun<sup>3</sup>. Estos centros, que

<sup>2</sup> Vid. SOLETO (dir.): *Mediación y resolución de conflictos*, Madrid 2011.

<sup>3</sup> IZUMI: «The use of ADR in criminal and juvenile delinquency cases», en *ADR for judges*, Washington, EEUU, 2004, pp. 202 y ss.

procesarían conflictos entre vecinos, familiares, o incluso conflictos civiles o penales menos graves serían centros comunitarios, creados por iniciativa social, y son llamados «community centers» o «community boards». En la actualidad gran parte de la actividad mediadora tiene su origen en el envío de asuntos desde los tribunales.

#### d) FINES DE REINSECCIÓN

La justificación de muchos de los programas de mediación y justicia restaurativa se basa en gran medida en que el proceso de mediación ha de favorecer la reeducación del agresor, sobre todo cuando se trata de un menor, y por lo tanto ha de producirse una menor reincidencia que en los casos en los que no existe la mediación.

De varios estudios en Estados Unidos<sup>4</sup> y Reino Unido se ha observado que los menores que han participado en un programa de mediación tienden a una menor reincidencia, y que las fórmulas mediadoras con participación conjunta de víctima y agresor tienen mejor resultado<sup>5</sup>.

Probablemente los estudios sobre reincidencia deben profundizarse y ampliarse, pues pueden existir otros factores que incidan sobre la distinta reincidencia, como la selección de los casos de mediación, ya que en general sólo se lleva a cabo la mediación cuando se observa una posibilidad de que el agresor sea capaz de asumir emocionalmente el daño realizado, entre otras circunstancias.

De acuerdo con el *Handbook of restorative Justice* de Naciones Unidas, los programas de justicia restaurativa pueden ofrecer a los agresores una oportunidad de:

- Asumir la responsabilidad por la ofensa y entender los efectos de la ofensa en la víctima.
- Expresar las emociones, incluso remordimiento, sobre la ofensa.
- Recibir apoyo para reparar daño causado a la víctima o a uno mismo y a la familia.
- Corregir actitudes, restituir o reparar.
- Mostrar arrepentimiento a las víctimas («apologize» en el texto original, que podríamos traducir por pedir perdón en español,

---

<sup>4</sup> SCHNEIDER, A.: «Restitution and recidivism rates of juvenile offenders: results from four experimental studies», *Criminology*, vol. 24, núm. 3, 1986, pp. 553 y ss.

<sup>5</sup> UMBREIT, COATES y VOS: «Victim offender mediation», en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE (coord.), pp. 455 y ss.



- sin embargo no tiene el sentido de esperar el perdón de la víctima).
- Restaurar la relación con la víctima en caso de que sea apropiado.
  - Conseguir cerrar una etapa («reach closure»).

#### e) IMPORTANCIA DE LA VÍCTIMA

Las teorías generales penales y las subsiguientes estructuras de Justicia centran su atención en la infracción de la ley, prestando menor o ninguna atención a las cuestiones que atañen a las víctimas más allá de su situación procesal, como sus necesidades emocionales o económicas.

En la mayoría de los sistemas penales, la víctima tiene derecho a una reparación económica, y muchas veces se permite su participación en el proceso, sin embargo dista mucho de tener el protagonismo que emocionalmente precisaría.

En países como Estados Unidos la víctima tiene diversos derechos<sup>6</sup>, como ser notificado de los procesos y sus resultados, estar presente en el proceso, ser escuchado en relación con la presentación de una acusación o su retirada, así como en relación con la negociación sobre conformidad, la sentencia y la suspensión del proceso. Además de estos derechos procesales, a partir del informe presidencial en los años 80 se generalizaron los sistemas que tienden a la restitución económica de la víctima.

En los sistemas occidentales se están generalizando los derechos de información, participación y protección de la víctima. En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco de 2001, a la que nos referimos más abajo, estableció el estatuto de la víctima, y la Directiva de octubre de 2012 viene a consolidar y reforzar este estatuto.

El siglo XXI está suponiendo en el ámbito de la Justicia penal, un intento de enfocar la forma de administrar justicia con una nueva lente, la de la víctima. Como decíamos, la justicia del siglo XX consigue la tan necesitada garantía de los derechos del acusado, que puede ver mermadas sus libertades fundamentales, a través del proceso debido. En el siglo XXI, esta cuestión se considera superada y se evoluciona hacia la obtención de una Justicia de mayor calidad, que tenga en cuenta también la situación de la víctima.

---

<sup>6</sup> Vid. TOBOLOWSKY *et alii*: *Crime victim rights and remedies*, North Carolina, EEUU, 2010.

Expresiones de este nuevo enfoque son los textos que están proliferando a nivel internacional sobre la situación de la víctima, en general o bien respecto de determinados ilícitos especialmente trascendentes para la sociedad actual, como son el terrorismo, la violencia sobre menores o mujeres o personas vulnerables.

Así, Naciones Unidas ha desarrollado normativa y textos básicos en relación con la víctima en general, y también sobre la víctima de atentados terroristas, la víctima mujer, la víctima menor de edad, y, en general, la víctima en situación desvalida.

El Consejo de Europa ha desarrollado normativa como el Convenio Europeo de Compensación a las víctimas de crímenes violentos, los Convenios del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, contra tráfico de seres humanos, de protección a niños contra explotación y abuso sexual, y las Recomendaciones de 2006 sobre asistencia a víctimas de crímenes, de 2002 sobre protección de mujeres contra violencia, la Guía de protección de las víctimas de ataques terroristas, adoptada por el Comité de Ministros en marzo de 2005, y a través del Comité europeo de cooperación jurídica trabaja en la asimilación de la normativa por los Estados miembros.

La Unión Europea ha centrado su atención en las víctimas en el último decenio también, desarrollando el Libro verde de indemnización a las víctimas de delitos y la correspondiente Directiva de 2004, y, en el plano de su participación en el proceso, la Decisión de 2001, sustituida en octubre de 2012 por una Directiva más amplia sobre la misma cuestión.

La JR ofrece ventajas a las víctimas, como pueden ser, de acuerdo con el Handbook of restorative justice de Naciones Unidas, las posibilidades de:

- Participar directamente en la resolución de la situación y el establecimiento de las consecuencias de la ofensa.
- Recibir contestaciones a sus preguntas sobre el crimen y el ofensor.
- Expresarse sobre el impacto que les ha producido la ofensa.
- Recibir restitución o reparación.
- Recibir una disculpa.
- Restaurar, cuando ello sea apropiado, una relación con el ofensor.
- Conseguir cerrar una etapa.

## 2. Modelos de justicia restaurativa

Dependiendo de la relación del sistema de Justicia penal con los instrumentos de JR que se desarrollen en un Estado, podemos distinguir tres clases de sistemas<sup>7</sup>:

- a) Sistemas complementarios a los Tribunales.
- b) Iniciativas ajenas a la Justicia.
- c) Sistemas alternativos al enjuiciamiento.

### a) SISTEMAS COMPLEMENTARIOS A LOS TRIBUNALES

Los sistemas que clasificamos como «complementarios» a los Tribunales se corresponden con los sistemas penales más tradicionales, que eligen ligar los instrumentos de JR a los Tribunales. Se califican como programas conectados con los Tribunales, y los programas pueden pertenecer al sistema administrativo de justicia o no.

En estos sistemas, el desarrollo de un procedimiento de JR culminado con acuerdo de reparación puede producir ventajas procesales para el imputado o acusado, que se traducirán normalmente en una reducción de la calificación, de la pena, o su suspensión o sustitución<sup>8</sup>, e incluso beneficios penitenciarios.

El momento de derivación a la mediación por parte del órgano jurisdiccional puede ser muy variado dependiendo de los programas, siendo generalizada la idea de que cuanto antes se derive, mejor.

En países anglosajones en los que la JR se encuentra muy desarrollada, la derivación puede producirse, dependiendo de los programas, en diversos momentos, antes de la acusación, después de la acusación pero antes de la condena, posteriormente a la condena pero antes de la sentencia que contenga la pena, posterior a la sentencia y antes de la reintegración a la sociedad, y posterior al encarcelamiento y antes de la reintegración a la sociedad. Dependiendo del momento de la derivación, el órgano que la realiza será variable, la policía, la Fiscalía, el Tribunal, la autoridad penitenciaria...<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Vid. SOLETO: «La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional», en *Sobre la mediación penal*, Garcíandía y Soletto (dirs.), 2012.

<sup>8</sup> Véase la aportación de PERULERO, D., «Hacia un modelo de Justicia restaurativa: la mediación penal», en *Sobre la mediación penal*, Garcíandía y Soletto (dirs.), 2012.

<sup>9</sup> Vid. *Handbook of Restorative Justice*, ONU.

## b) SISTEMAS ALTERNATIVOS AL ENJUICIAMIENTO

Existen programas que, en su relación con la Justicia Penal, suponen un auténtico sistema alternativo al enjuiciamiento, lo que lo estructura como verdadera forma alternativa de solución de conflictos.

En esta estructura, determinados delitos o delitos cometidos por personas de ciertas características (edad, etnia...) pueden ser trabajados en procedimientos de JR y no entrar en el sistema de Justicia penal.

En estos casos existe una auténtica derivación de los casos antes incluso de que pudieran tramitarse procesalmente, y se organizan en países de cultura anglosajona principalmente. Los Estados continentales visualizan esta forma de JR con reticencias, pues los sistemas de Justicia penal, pertenecientes al Estado, son fuertes y tradicionales.

En Estados Unidos y países del norte de Europa este tipo de programas se realizan en algunos partidos con menores de edad, o en casos de robos en tiendas. La mayoría son gestionados por la policía o por entidades públicas, y excluyen ilícitos reincidentes.

En el caso de España, podría interpretarse que la mediación que se desarrolla en programas de menores pueden ser sistemas alternativos cuando se realiza en un momento inicial y se archiva el asunto, si bien entendemos que el sistema es fundamentalmente complementario y no alternativo.

## c) INICIATIVAS AJENAS AL PROCESO Y LA EJECUCIÓN

Cada vez más existen iniciativas de JR que no tienen relevancia en el proceso y la ejecución, y que tienen una finalidad principalmente de restauración emocional.

Me estoy refiriendo a las actividades de JR que se pueden llevar a cabo con posterioridad a la condena, y que pueden tener o no relevancia en la situación administrativa del preso, como por ejemplo, el proceso restaurativo entre un agresor y un familiar de la víctima con el fin de pedir perdón por el daño causado.

También se podrían incluir aquí los procedimientos restaurativos entre personas que no desean que el sistema de Justicia inicie un procedimiento penal, como puede ser el caso de conflictos entre padres e hijos en los que los hijos son los agresores.

Por último, se incluirían aquí los procedimientos restaurativos que no tienen ninguna relevancia procesal pero que producen restauración emocional.

### 3. *Procedimientos de justicia restaurativa*

Recogemos aquí una descripción de diferentes procedimientos de JR, que se van extendiendo en el uso en los últimos años<sup>10</sup>.

Los procedimientos de JR más habitual en el ámbito penal y que tienen un estilo mediatorio, que sería aquel en el que un neutral interactúa con el agresor y otras personas, que pueden ser la víctima directa de la agresión u otras personas de la comunidad, utilizando técnicas de facilitación, son diversos, dependiendo de los participantes, el procedimiento de actuación y el objetivo.

#### a) VOM: MEDIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y OFENSOR

La victim-offender mediation es la forma más extendida de instrumento de JR. Evidentemente, participan el agresor, la víctima, y el mediador, y, a diferencia de la mediación civil, el diálogo es más importante que el acuerdo, y el objetivo es empoderar a la víctima, permitir la responsabilización del agresor y la reparación del daño producido<sup>11</sup>.

La justificación de estos programas se basa en la restitución respecto de la víctima y la rehabilitación del agresor. Además, señala IZUMI que el respaldo de las víctimas a la restitución como alternativa al encarcelamiento en delitos contra la propiedad, donde los índices de satisfacción para víctimas y ofensores son muy altos<sup>12</sup>. Este es el procedimiento restaurativo más extendido, también en España y los países de la Unión Europea.

#### b) CONFERENCIA DE GRUPO FAMILIAR

La conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria es una forma de facilitación de estilo mediatorio en el que además del agresor y la víctima participan personas del entorno familiar, escolar y social. El proceso consiste en una facilitación en la que las personas van hablando sobre el daño producido y cómo se puede realizar la reparación.

Este tipo de conferencias se puede realizar en centros comunitarios, en colegios, e incluso en centros policiales o de protección de

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> IZUMI: «The use of ADR in criminal and juvenile delinquency cases», en *ADR for Judges*, pp. 195 y ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 197.

menores, y no tiene relevancia procesal, es decir, el asunto no ingresa en el sistema de justicia y los tribunales no participan<sup>13</sup>. Este modelo tiene su origen en Nueva Zelanda, y es utilizado en Estados Unidos sobre todo en asuntos relativos a menores en acogida, y en general como forma de preparación de vistas con el juez en el ámbito no penal, aunque también en asuntos criminales menos graves, como robo en tiendas.

#### c) CÍRCULOS SENTENCIADORES

Los círculos sentenciadores son análogos a la conferencia de grupo pero con participación del órgano jurisdiccional; el tribunal hace el reenvío, monitoriza los casos y el cumplimiento de las reglas.

Los participantes pueden ser, como en el caso de la conferencia de grupo, del ámbito social de víctima y agresor, y se busca un consenso para entender lo que ha ocurrido y la forma de reparación.

Es incluso posible que el juez participe en el círculo, pero en principio su participación no es protagonista ni como facilitador. Su actividad se centra en plasmar en la sentencia el plan acordado, si bien puede participar más activamente cuando no se logra consenso.

Este modelo se utiliza en Estados Unidos en ilícitos realizados por menores, pero también por adultos, y es usado para todo tipo de delito, incluso contra la vida y la integridad sexual.

#### d) PANELES RESTAURATIVOS

Estos paneles son la respuesta comunitaria a la incompetencia del sistema público de producir la reparación a través del proceso.

En Estados Unidos, estos paneles o grupos se estructuran de forma diferente, si bien en general no incluyen a la víctima en sus reuniones con el agresor, y el agresor desempeña un papel de menor importancia. Es considerado el menos restaurativo de los procesos.

En general, una vez que el agresor asume la culpa en el proceso penal, el juez le ofrece acudir al panel de restauración, que tras reunirse con él, discute con la víctima la reparación. El panel se forma con participación de ciudadanos.

Esta forma de complementación del sistema de justicia se ha calificado como la menos restaurativa, pues el enfoque se realiza en la reparación, y la participación de víctima y agresor es limitada, si bien depen-

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

diendo de cómo se lleve a cabo se pueden alcanzar varios de los fines restaurativos. Es una forma de organización análoga a los paneles para la libertad condicional.

El panel tiene amplia disponibilidad para establecer la reparación, que puede ser de carácter económico, pero que normalmente combina la restitución con medidas como trabajo para la comunidad, cartas para la víctima o petición de disculpas.

Habitualmente se realizan reuniones de seguimiento transcurridos unos 3 meses para controlar el cumplimiento de las medidas. Si se han cumplido, el panel felicita al agresor; si no, se reenvía el caso al juez para que determine la sentencia, que puede incluir prisión<sup>14</sup>.

#### e) MEDIACIÓN COMUNITARIA

Ya nos hemos referido a la eclosión de las formas de resolución alternativa de conflictos y de JR a partir de los años 70, y a la confluencia de las exigencias reparadoras y de empoderamiento social de los años 60.

Empezaron entonces a crearse centros comunitarios que trabajaban en los barrios y escuelas, ofreciendo formación en resolución de conflictos a escolares, profesores y voluntarios. Entre ellos destacan los Community boards de San Francisco.

El grupo de trabajo de seguimiento de la conferencia Pound recomendó que los centros comunitarios se desarrollaran para permitir una diversidad de métodos de procesamiento de conflictos y la interacción con los tribunales de justicia<sup>15</sup>.

Se calcula que existen cerca de 500 centros comunitarios de mediación en Estados Unidos, los cuales se financian por ayudas del Gobierno Federal, contratos con el Estado (por ejemplo, para facilitar cuestiones sobre niños en acogida, como el Concord Center en Nebraska), con los tribunales, o directamente con usuarios de la mediación, además de por donaciones.

Los centros comunitarios realizan mediaciones y facilitaciones en ámbitos escolares y vecinales no conectados con los tribunales, pero también mediaciones y facilitaciones civiles y penales por reenvío de la corte.

---

<sup>14</sup> Vid. IZUMI: *The use of ADR...*, cit., pp. 200 y ss.

<sup>15</sup> TAMM y REARDON: «Warren E. Burger and the Administration of Justice», *Brigham Young University Law Review*, 1981, p. 513.

## II. Aportaciones europeas al desarrollo de la justicia restaurativa

Entiendo que podemos encontrar tres clases principales de «aportaciones» de Europa a la JR:

- En primer lugar, un **impulso jurídico y práctico desde UE y el Consejo de Europa**.
- En segundo lugar, las **experiencias comparada en otros países**.
- En tercer y último lugar, la **influencia de fuertes ONGs activistas**, el European Forum of Restorative Justice y el Grupo de Magistrados Europeos para la Mediación.

### 1. Impulso jurídico y práctico desde el Consejo de Europa y la UE

Entre la normativa regional, la Recomendación 99 (19) del Consejo de Europa sobre mediación penal y el posterior trabajo de estudio y apoyo del CEPEJ ha producido uno de los pilares que sustentan activamente la JR a través de la mediación, y que se está desarrollando en la normativa de la UE.

La JR es además un objetivo de financiación de la Comisión Europea en el ámbito de la Dirección de Justicia, y por ello en los últimos 10 años se están financiando numerosas acciones vinculadas a mediación o a JR.

Son especialmente relevantes las iniciativas a nivel de la Unión Europea, además de los textos promovidos por Naciones Unidas, que probablemente son el fruto de experiencias internacionales más extensas, como las de Estados Unidos y Nueva Zelanda y Australia, y que ofrecen un enfoque más flexible y amplio.

Entre los textos de la ONU, es fruto de resoluciones anteriores y de la Declaración de Viena la Resolución 2002/12, de 24 de julio de 2002, del plenario n.º 37, titulada «Principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en asuntos penales». En esta Resolución se describen los conceptos básicos de la JR de una forma muy acertada y flexible, y se enumeran los principios de uso de la misma forma, estableciendo unas líneas de trabajo que permiten la desviación del criterio general cuando se considere apropiado, garantizando, en todo caso, los derechos establecidos por las normativas nacionales en relación con la víctima y el ofensor



### a) LAS RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA Y EL TRABAJO DEL CEPEJ

Como señala Perulero, varias Recomendaciones del Consejo de Europa instan a los Estados a introducir medidas específicas de reparación e incluso a desarrollar sistemas de mediación penal.<sup>16</sup>

Desde los años 80 el Consejo de Europa emite Recomendaciones insistiendo en la relevancia de la víctima en el proceso penal, como la núm. R. (85) 11, la R (87) 18, la R (87) 21, la R (87) 20, la R (88) 6, la R (92) 16, la R (95) 12, la R (98) 1, y en los últimos años, la R (2006) 8, que sustituye a la R (87) 21, pero es en la Recomendación núm. R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, en la que se ha pretendido impulsar la mediación en este ámbito entre los Estados miembros.

En la Recomendación se promueve que los Estados miembros se basen en los principios enumerados en el Anexo a la Recomendación para desarrollar la mediación penal, que incluye 34 guías o principios que servirían de guía para los Estados de muy variada finalidad; principios generales de mediación, obligaciones éticas del mediador, garantías de protección de la víctima, calidad de la mediación...

El Consejo de Europa, a través del CEPEJ, la comisión para la eficacia de la justicia, ha realizado un seguimiento importante del grado de implantación de la Recomendación (99) 19, y fruto de ello ha publicado varios documentos, entre los que destacan un Análisis del impacto de las Recomendaciones y una Guía para la mejor implementación de la Recomendación sobre mediación penal.

El contenido del informe sobre el impacto de las Recomendaciones sobre mediación CEPEJ (2007) 12 es muy negativo: la mayoría de los Estados no responden a los cuestionarios, y la información es muy limitada. Como conclusión principal respecto de la Recomendación sobre mediación penal, se destaca la poca repercusión de la Recomendación, y la situación general de desconfianza y desconocimiento de ciudadanos, usuarios de la justicia y, sobre todo, de los jueces.

La guía para la mejor implementación de la Recomendación sobre mediación penal, CEPEJ (2007) 13, establece criterios en torno a tres conceptos: disponibilidad, accesibilidad y conocimiento.

En relación con la disponibilidad, se aborda el respaldo de los proyectos de mediación por los Estados, el papel de los jueces y fiscales,

---

<sup>16</sup> PERULERO: *Hacia un modelo de Justicia restaurativa: Mediación penal*, así como ROMERA, C.: «Principios y modelo de mediación en el ámbito penal», en *Sobre la mediación penal*, Garcandía y Soletto (dirs.), 2012.

así como el de otras autoridades y ONGs, de los abogados, cuyos códigos de conducta deben incluir la obligación o la recomendación de sugerir a sus clientes la mediación, la calidad de los sistemas de mediación, la cualificación de los mediadores, entre otras cuestiones.

En cuanto a la accesibilidad, se apunta que la mediación no debe usarse si hay riesgo de que suponga una desventaja para alguna de las partes, entre otras cuestiones, como el coste de la mediación, que debe ser gratuita.

Por último, en lo que toca el conocimiento de la mediación, se señala la necesidad de extender el conocimiento de la mediación para el público general, para las víctimas y ofensores, la policía, los magistrados y fiscales, abogados y trabajadores sociales.

En el año 2012 ha sido publicado un Informe sobre la Calidad de la Justicia (con datos de 2010), en el que se recoge un capítulo sobre mediación, y donde se puede observar la deficiencia de los datos (por ejemplo, no existen datos de España o Alemania), y la poca relevancia en números de la mediación penal. Sólo Bélgica, Países Bajos y Polonia ofrecen cifras, pero evidentemente la realidad es muy diferente, ya que otros países también tienen una situación de mediación desarrollada.

#### b) LA DIRECTIVA 2012/29/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE OCTUBRE DE 2012

En cuanto a la Unión Europea, desde 2001 tenemos una normativa relevante que hace referencia a la mediación penal, en la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), concretamente el artículo 10:

«Mediación penal en el marco del proceso penal

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 por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.»

Esta regulación, muy breve, ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/ 220/ JAI del Consejo.

Artículo 12 de la Directiva de 2012<sup>17</sup>:

*«Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora*

*1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:*

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;*
- b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;*
- c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;*

---

<sup>17</sup> Proyecto de Directiva. Art. 11. 1. *Los Estados miembros establecerán normas para proteger a la víctima de intimidación o victimización adicional, que se aplicarán cuando se faciliten mediación u otros servicios de justicia reparadora. Estas normas deben incluir, como mínimo, lo siguiente:*

- a) solo se recurre a los servicios de mediación y justicia reparadora si redundan en interés de la víctima y se basan en el consentimiento libre e informado; dicho consentimiento podrá retirarse en cualquier momento;*
- b) antes de que acepte participar en el proceso, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;*
- c) la persona sospechosa o acusada o el infractor habrá de haber reconocido su responsabilidad por su actuación;*
- d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y deberá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;*
- e) las conversaciones en mediación u otros procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional como consecuencia de un interés público de primer orden.*

*2. Los Estados miembros facilitarán la remisión de casos a los servicios de mediación u otros servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de protocolos sobre las condiciones de la remisión.»*

- d) *todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;*
- e) *los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.*

*2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.»*

La redacción de la propuesta de Directiva no fue acogida favorablemente en el mundo de los prácticos y estudiosos de la JR<sup>18</sup>, precisamente por establecer obstáculos al desarrollo de la JR, por introducir algún elemento distorsionador y por estar teñida de desconfianza hacia la institución.

Tras una laboriosa elaboración de la Directiva, la redacción final ha mejorado pero se puede criticar aún en cuanto parece excluir la justicia restaurativa para los casos en los que no quiera participar la víctima.

#### a) Justicia restaurativa *versus* mediación penal

El proyecto de Directiva de 2011, y tal como se hacía en la Decisión marco de 2001, se refería en el artículo 11 a la mediación expresamente en el título «*Derecho a garantías en el contexto de mediación y otros servicios de justicia reparadora*», pasando, en la redacción final, a eliminarse esta referencia, dejando la más genérica a la JR, y ya en el artículo 12 «*Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora*».

Se han realizado varias modificaciones en el mismo sentido, para hacer referencia a la JR en general, como en el apartado 2 del citado artículo, lo que afirma la idea de trabajo sobre JR como un ámbito más amplio y asentado que la mediación.

#### b) Medidas *versus* normas

La dicción de la Directiva mejora la redacción del proyecto, al no disponerse, en el apartado 1, que no sean normas, como señalaba el

---

<sup>18</sup> Vid. en este sentido las manifestaciones del Foro europeo de justicia restaurativa en [www.euroforumrj.org](http://www.euroforumrj.org).

proyecto, sino medidas, las que garanticen la situación de la víctima, por una parte, y, se hace hincapié en la importancia de la calidad de los servicios de justicia reparadora.

Posiblemente, el cambio de enfoque que supone la Directiva de 2012 respecto a la de 2001, que se podría decir de corte más promotor, puede deberse a que podría considerarse que la decisión de 2001 está superada, y que los Estados no precisan de normativa europea que fomente la mediación, y que la normativa de la segunda década del siglo ha de dedicarse a concretar aspectos procesales o procedimentales de la mediación.

Sin embargo, la realidad actual no apoya esta argumentación, ya que, por una parte, sólo en algunos países se ha consolidado la mediación penal, y, por otra, la normativa pormenorizada sobre mediación puede suponer un obstáculo a su desarrollo.

Descender al detalle en una normativa marco como es una Directiva para algo tan flexible como ha de ser la mediación o la JR no es lo más adecuado, pues cada Estado, e incluso, cada Tribunal o Partido judicial deberá desarrollar concretamente el entorno jurídico, ético y práctico de la mediación. Los detalles relativos al procedimiento de mediación deben adaptarse a cada necesidad estructural y ofrecer agilidad para una posible readaptación a las circunstancias.

No es una cuestión baladí la sustitución en la tramitación de la Directiva de los términos «establecerán normas» por «adoptarán medidas». La dicción anterior suponía una necesaria actividad normativa por parte de los Estados, que es contraria al espíritu y objetivo de la JR, que no tiene por qué limitarse por normas, ya que ha de poder adaptarse a las necesidades de cada ámbito, caso y momento. En general, en los países con más y mayor experiencia en JR la regulación a través de normas es escasa, mientras que en los menos avezados es más amplia cuando ocurre, por lo que es un gran éxito para el buen desarrollo de la JR la dicción final de la Directiva.

La misma idea ha llevado al cambio del proyecto en el apartado 2 del artículo 12, haciéndose referencia finalmente al establecimiento de «procedimientos u orientaciones» para facilitar la derivación.

### c) La participación de la víctima en el proceso de justicia restaurativa

Parece que el apartado 1.a) establece como elemento necesario la participación de la víctima en el proceso de JR. Esta exclusión se articula a través de la necesidad del consentimiento de la víctima, que puede ser retirado en cualquier momento del proceso, con las consecuencias, imaginamos, de interrumpir e impedir la mediación o proceso restaurativo.

Esta limitación, si bien puede tener cierto sentido a bote pronto, no se justifica si se considera que en algunas ocasiones la actitud de la víctima no permite su participación constructiva en el proceso de mediación, o, por ejemplo, en caso de no existir una víctima concreta, el agresor se vería privado de la posibilidad de obtener los beneficios personales y procesales que provocarían el acuerdo de mediación.

En la práctica, en muchos programas de mediación se sigue con la mediación cuando se observa que ello es beneficioso para el agresor y que la no participación de la víctima obedece a cuestiones no trascendentes para el proceso de mediación; por ejemplo, tiene miedo y no quiere tener ninguna relación con el agresor, o no quiere tener contacto con el asunto, etc. Nos referíamos también a la ausencia de víctima concreta, por ejemplo, en delitos relacionados con el tráfico de drogas, u otros delitos en los que no exista o no se encuentre disponible la víctima (por vivir en otro partido, Estado, etc.). En estos casos, es muy habitual la continuación de la mediación o del proceso restaurativo con la participación de un «subrogado», es decir, una persona que sustituye la posición de la víctima en el proceso restaurativo. También, para el caso de que se haya iniciado la mediación y la víctima no quiera participar más, se puede seguir el procedimiento con las personas participantes que se considere por parte del mediador, e informar a la víctima de las cuestiones que acuerde con el mediador.

Parece que la Directiva va más allá de su función ideal, y que aborda cuestiones que han de decidirse y regularse en su caso por otros operadores, como los propios Estados, o incluso los tribunales, organizaciones de mediadores, etc. Excluir cuestiones de la mediación es negativo para su desarrollo, pues en la práctica el caso es evaluado en distintos momentos por distintos operadores y la cuestión de la adecuación del método de resolución de conflictos al caso se ha de mantener durante todo el proceso.

La Directiva regula la situación de la víctima en la JR, pero también se puede desarrollar y regular la JR cuando no participe la víctima, como los casos a los que nos referíamos. Sin embargo, la dicción de la Directiva puede ser asumida por los Estados como una regulación absoluta de la JR, sobre todo en aquellos con menos conocimiento y experiencia en este campo.

#### d) El reconocimiento de los hechos

En el apartado c del artículo 12 de la Directiva se apunta que «el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso». Esta cuestión ha supuesto mucho debate en la tramitación de la

Directiva, pues una exigencia fuerte de reconocimiento que se extendiera a los hechos y el componente volitivo, o incluso a la pena que se pudiera imponer podría impedir el desarrollo de muchos procesos restaurativos.

La letra del proyecto de Directiva era muy exigente en este sentido, al señalarse que «*la persona sospechosa o acusada o el infractor habrá de haber reconocido su responsabilidad por su actuación*».

En general, la mayoría de los programas de JR exigen un principio de reconocimiento de hechos para el inicio del proceso, y normalmente un procedimiento finalizado con éxito supone que el infractor reconozca su responsabilidad durante el proceso o en el acta de reparación, por lo que la dicción de la Directiva es mucho más acertada que lo era el proyecto, y amplía el ámbito de posibles casos susceptibles de iniciar un proceso de JR.

#### e) Voluntariedad y confidencialidad *versus* cosa juzgada

De acuerdo con los apartados d y e, los acuerdos se alcanzan voluntariamente y que pueden llegar a vincular en otros procesos, mientras que los debates serán confidenciales salvo excepciones de interés público recogidos normativamente.

Parece que el acuerdo de mediación no se encuentra protegido por la confidencialidad que impera en las sesiones de mediación, cuestión razonable si tenemos en cuenta los tintes de interés público en la cuestión que nos aleja del ámbito de disposición que permite en el ámbito privado extender la confidencialidad al acuerdo o incluso al hecho de haberse llegado a un acuerdo.

La posible vinculación del acuerdo en otros procesos no ha de entenderse como un efecto *ex lege* de cosa juzgada, sino que simplemente establece la no confidencialidad de su existencia y contenido para otros posibles procesos, teniendo en cada caso el valor que en cada Estado se otorguen en las circunstancias concretas, ya sea testimonio de coimputados, testifical, confesión... de acuerdo con las exigencias de los distintos ordenamientos y jurisprudencias.

#### f) Adecuación del caso *versus* generalidad

En el apartado 2 del artículo 12 se ha introducido en la redacción final la referencia a la derivación «si procede» de los casos, cristalizando la idea de adecuación del caso al proceso de JR, alejándonos del automatismo tradicional con el que opera el proceso penal, cuestión a la que nos referimos en un apartado posterior.

## 2. *Experiencia comparada en otros países*

En Europa tenemos una gran variabilidad en cuanto al desarrollo de la JR; entre los países del norte de Europa encontramos experiencias pioneras en el mundo en los años 70, como Noruega; otros, como Reino Unido, que tienen en marcha muchos programas; los países centroeuropeos han trabajado en los últimos tiempos la JR con buenos resultados, y, por último, los países del sur de Europa son aquellos en los que se aprecia mayor resistencia a la entrada de programas de mediación o de JR, y en general no se norman convenientemente los elementos básicos, tendiendo en ocasiones a la supernormación.

En cuanto al pionero, Noruega, la mediación entre víctima y agresor se ha desarrollado desde los años 70, primero con jóvenes, y posteriormente se incorporaron a los programas casos con adultos. Como en la mayoría de los países, el Fiscal es el controlador del sistema, y para que se inicie un proceso restaurativo debe haber fuerte elemento probatorio de culpabilidad.

Desde 1991 se ha regulado la JR en el código procesal, y en otras normas más flexibles como circulares de la Fiscalía General, y guías orientativas que explican a los operadores jurídicos cuáles son los delitos más adecuados para intentar la mediación, como el robo, o el vandalismo.<sup>19</sup>

El Reino Unido también es de los países que antes han iniciado: piloto, que datan de 1979. En Reino Unido existe diversidad de programas y herramientas de JR, una multiplicidad de proyectos de Justicia Restaurativa, mucho más amplia que en los demás países. Existen proyectos desarrollados incluso desde el Ministerio del Interior, y se incluyen programas de diversión, aunque también de derivación y reintegración<sup>20</sup>. Se puede observar la consagración de la voluntad no regulatoria de este país, que probablemente es el que mejor ha entendido y desarrollado la JR en Europa.

Francia inició en los años 80 prácticas de mediación, con una ley de 1993 que regula la mediación y una ley de 2004 que la impulsa más.

---

<sup>19</sup> Vid. información relativa a Justicia Restaurativa en países de norte y centro Europa en el documento *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, 2010,

<sup>20</sup> Vid. el interesante trabajo de MONTESINOS en *La mediación penal para adultos*, Barona Vilar (dir.), relativo a la mediación en el Reino Unido, así como *Sobre la mediación penal*, Garcíandía y Soletto (dirs.), y el documento del CEPEJ CEPEJ-GT-MED(2007)6 Restorative Justice: the Government's strategy: Contribution by the United Kingdom.



En Bélgica se iniciaron en los 70 programas con menores, aunque no exista regulación expresa. La mediación entre víctima y agresor se reguló desde 1994, y para ello el fiscal y el tribunal pueden derivar respecto de todos los ilícitos. En el caso belga, la mediación es posible incluso en fase policial, con control del fiscal, estableciéndose entonces como una verdadera alternativa al proceso. Para la mediación vinculada a los tribunales, controlan el sistema un juez de enlace, un asesor especial y un gestor procesal.

El desarrollo de la JR en Bélgica es un modelo para el resto de los países continentales.

En Alemania la mediación entre víctima y agresor se inició en 1984 con jóvenes agresores y en casos menos graves, y en la actualidad se encuentra bien desarrollada, pero los operadores señalan la poca confianza de los fiscales en ella.

En Austria, el inicio de proyectos piloto data de 1980 con jóvenes, ampliándose en los 90 con adultos, regulándose formalmente en 1999 para delitos con menos de 5 años de prisión.

### 3. *Actividad de organizaciones no gubernamentales*

Existen dos ONGs de ámbito europeo cuya actividad ha coadyuvado al desarrollo de la mediación y la JR, favoreciendo la transmisión del conocimiento, el apoyo a los nuevos proyectos y la influencia en las normativas y prácticas nacionales.

GEMME es el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación <http://www.gemme.eu/>, está formado principalmente por jueces y fiscales, y sus objetivos son el estudio de sistemas de mediación, compartir experiencias entre jueces y fomentar iniciativas de investigación y difusión.

La mayoría de los países europeos tienen una sección de GEMME, que en muchas ocasiones ha sido el motor principal del desarrollo de la mediación en dichos países. Éste ha sido el caso de la sección española de GEMME, que a su vez se ha establecido como asociación nacional. Magistrados como Pascual Ortuño, Rosa Freire, Ana Carrascosa, Mercedes Caso, Isabel Tomas, Raquel Alastruey, Teresa Martín, Agustín Azparrén o Pilar González entre otros, han realizado una labor de difusión y apoyo a las distintas iniciativas de mediación que se han producido en España, y han participado activamente en ellas.

El European Forum of Restorative Justice <http://www.euforumrj.org/> está formado por investigadores, prácticos, jueces, fiscales, y en general, los operadores que están en contacto con la JR. Esta organización, a diferencia de GEMME, está especializada en materia penal, desarrolla

un alto nivel doctrinal y experimental y fomenta la difusión del conocimiento, la transmisión de experiencias y de iniciativas de investigación, formación y difusión.

De acuerdo con el European Forum of RJ, las necesidades en JR son en la actualidad la educación de la sociedad para la aceptación de la JR, la generalización de la formación para Jueces y operadores jurídicos para la aceptación y su uso adecuado, el destino de recursos para desarrollar programas, la garantía de la calidad en el desarrollo de los programas y la ampliación del uso de instrumentos de JR más allá de la mediación.

### **III. Resistencias de los sistemas continentales a la Justicia Restaurativa y criterios en Justicia Restaurativa**

La primera resistencia que se encuentra a la JR se da por los que defienden que la JR no es un método correcto para tratar cuestiones de interés del Derecho Penal. Su principal argumento se basa en la idea de que el Estado es el titular del derecho de castigar, y por lo tanto es la única entidad con derecho a aplicar la ley penal. La razón es que el Estado debe garantizar la seguridad, y la actitud de la víctima no es una cuestión trascendente, habiendo el Estado de castigar siempre que conozca que se ha cometido un delito.

En este enfoque, dejar la decisión en manos de la víctima es imposible, porque la imposición y ejecución de la pena son acciones que pertenecen al Estado por la necesidad de garantizar la seguridad, y para garantizar que ningún crimen quedará impune, o la posible «privatización de la justicia» que daría lugar a la impunidad de las personas con más recursos económicos, en resumen, la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Sin embargo, consideramos que estas opiniones desconocen elementos básicos de la JR.

Es evidente la importancia que cobra la víctima en la Justicia del siglo XXI, y en todo caso, la JR permite una mejoría respecto del proceso penal de la víctima sobre todo. Si los programas de JR se encuentran bien diseñados, en ningún caso permiten la privatización de la justicia en el sentido de que aquellos con mayor poder adquisitivo eviten las sanciones penales a cambio de indemnizaciones más altas, por el contrario, sólo una participación basada en la voluntad de reparación a la víctima de forma emocional principalmente es permitida.

### 1. Resistencias de los sistemas a la Justicia Restaurativa

Por otra parte, y ya superando esta primera visión excluyente, podemos agrupar en dos grandes bloques las resistencias de los operadores de la Justicia tradicional a la JR:

- La tendencia de los sistemas continentales a la aplicación de los principios del proceso y del procedimiento a la JR.
- La tendencia a reglar lo concerniente a mediación y JR de forma exhaustiva o amplia.



#### a) TENDENCIA DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Consideramos que existe una tendencia a aplicar los principios del proceso y del procedimiento a la JR, como pueden ser el principio de legalidad, el principio de igualdad, el principio de bilateralidad y el derecho de defensa, y que esta tendencia es errónea.

Así, por ejemplo, algunos entienden que por aplicación del principio de legalidad el castigo de los ilícitos corresponde al Estado a través

de los Tribunales de Justicia, y que no es posible la modificación de los elementos del proceso como consecuencia de actividades de JR, pues ello violaría el principio de legalidad.

Este argumento supone ignorar la práctica tanto de la Justicia penal como de la JR: por una parte, en la práctica, y por imposibilidad económica y por racionalidad, no se persiguen gran parte de ilícitos.

Por otra parte, existen mecanismos de flexibilización del proceso penal en casi todos los ordenamientos que permiten el uso de instrumentos restaurativos que puedan tener resonancia en el proceso incluso cuando no se regula expresamente ninguna figura de JR. En el caso concreto español, la conformidad, de importancia creciente en los últimos tiempos, acoge las tendencias anglosajonas a relativizar el principio de legalidad y sustituirlo por el de oportunidad reglada.

También se considera por algunos que la mediación o la JR exige una bilateralidad que ha de suponer que si la víctima no consiente en su participación o no existe una víctima concreta, no es posible realizar la actividad.

Esta posición es contraria a la lógica y la práctica en muchos programas: en muchas ocasiones no existe víctima, o no quiere participar en el proceso de mediación por los motivos que sean, sin embargo existe un arrepentimiento y voluntad de reparar por parte del agresor, y muchos programas permiten que se realice la mediación o la figura restaurativa que se considere, a veces con la participación de una persona que actuaría como sustituto de la víctima. Otras veces, se desarrolla el proceso restaurativo con el facilitador y se comunica a la víctima el resultado. En otras ocasiones, el agresor de una víctima en concreto es desconocido o no se encuentra disponible y otros agresores de delitos análogos actúan como agresor sustituto en la mediación, con el fin de realizar actividades reparativas a personas distintas de sus propias víctimas pero que también han sufrido una agresión. Excluir múltiples asuntos para los que la JR sigue siendo un instrumento positivo por esta mala interpretación sería una lástima. En este sentido, el proyecto de Directiva sobre víctimas contiene un párrafo que desgraciadamente podría producir exclusiones.

También, interpretando el principio de igualdad, se considera que la JR ha de ser regulada con la configuración de un derecho, como una parte del proceso penal, y que todos deberían tener derecho de acceso a la JR, en todos los casos y en todo el territorio nacional.

Los instrumentos de JR han de ser considerados como elementos que se han de usar únicamente cuando se den determinadas circunstancias, y no en todo caso: que, por ejemplo, exista un indicio fuerte de culpabilidad, como la flagrancia o la aceptación de los hechos, la volun-

tad de reparar, la falta de reincidencia... van a propiciar que se inicie un procedimiento restaurativo, y ello habrá de ser valorado en cada caso.

Además, la legislación de la JR como un derecho para todos en todos los partidos judiciales supone un absurdo por los motivos que hemos señalado anteriormente, pero también una cuestión de difícil aplicación práctica.

Una de las mayores ventajas de la JR es la adaptabilidad de sus procedimientos a las necesidades de cada entorno local, judicial, cultural, y la generalización del derecho de acceso a la JR puede chocar con ello.

Consideramos que es más apropiado que se regule la posibilidad de desarrollar instrumentos de JR y su eficacia en el proceso, y que, por otra parte, existan políticas encaminadas a promover la JR en todo el territorio nacional, ofreciendo a todos los ciudadanos la posibilidad de acceder a dichos instrumentos si se producen las circunstancias adecuadas.

Nos estamos refiriendo a una visión análoga a la del derecho a la tutela judicial efectiva: si, de acuerdo con el TC, los ciudadanos tienen derecho a una sentencia de fondo si concurren los presupuestos procesales, los ciudadanos tendrán derecho a participar en un proceso de JR si se dan las circunstancias adecuadas.

Por último, como resistencia a la JR, algunos entienden que por aplicación del derecho de defensa, y particularmente del derecho a no declarar contra sí mismo, la participación del acusado o imputado en un proceso restaurativo vulnera dicho derecho.

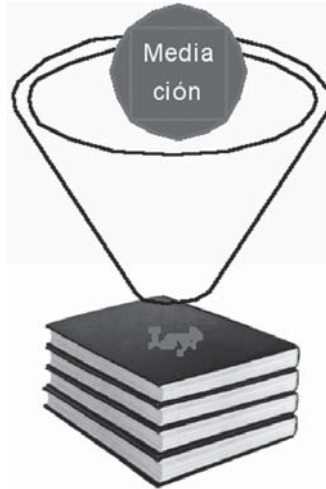
Evidentemente, si los procedimientos de JR se desarrollan sin respetar los derechos fundamentales de las partes, y, sobre todo del imputado o acusado, mal resultado darían. Por el contrario, en la práctica, los programas de JR exigen la concurrencia de fuertes indicios de culpabilidad, como son flagrancia, reconocimiento de hechos, defensa no basada en negación de hechos, agresiones cruzadas, etc. Además, todos los operadores del procedimiento restaurativo y del Proceso penal en general van a controlar el respeto a los derechos fundamentales.

Es evidente, en todo caso, que el desarrollo de programas de JR ha de observar un especial cuidado en lo que a los derechos del imputado afectan, garantizando la confidencialidad a todos los niveles, incluso cuando el procedimiento de JR no tiene éxito, caso en el que se debería evitar el conocimiento de esta circunstancia por parte del Tribunal sentenciador.

## b) TENDENCIA A REGLAR DE FORMA COMPLETA

Se observa, al asimilar una nueva institución como es la mediación, en los sistemas jurídicos, una tendencia a regular las circunstancias de

la JR de forma análoga a una norma jurídica. Así, por ejemplo, la tendencia de establecer definiciones, procedimientos, derechos, casos en los que se puede utilizar la mediación o la JR, casos en los que no se puede usar, produce una rigidez de los instrumentos de JR que pueden provocar su ineficacia.



### Tensión entre legislar y no legislar

Esta tendencia se puede explicar probablemente por el desconocimiento de la JR en general y por la visión jurídica que atribuye al principio de legalidad y de igualdad una posición principal en el ámbito de la Justicia penal.

Es habitual encontrar ordenamientos que excluyan la JR o la mediación para cuestiones graves como delitos, o los delitos más graves, o para casos en los que la víctima retire su participación, o en fase de ejecución. Esta exclusión puede ser razonable para algunos casos, pero habrá otros en los que la mediación u otro instrumento de JR sea la forma más adecuada de incidir en el conflicto.

Por el contrario, es mucho más adecuado establecer las formas de derivación y trabajo a través de otros instrumentos flexibles como protocolos o normas internas de los Juzgados o los servicios de JR en concreto, que permitan la adecuación a las circunstancias del entorno en el que se trabaje y al concreto caso, y que posibiliten la modificación en su caso de forma ágil.

Esta tensión es habitual en los sistemas continentales, mucho más tendentes a la superregulación de las instituciones con relevancia jurídica. Por el contrario, los sistemas anglosajones asumen la variabilidad y no regulación cerrada de los sistemas de JR en los distintos programas.

Es un grave error aplicar los parámetros de la justicia tradicional, los principios procesales y procedimentales del proceso a una actividad que es eminentemente de naturaleza diversa, y hacerlo puede significar la ineficacia o el abandono de los instrumentos restaurativos, e incluso la obtención de resultados negativos.

Por el contrario, consideramos que **a la JR deberíamos aplicarle otra serie de principios en su relación con el proceso**, al conformarse de forma radicalmente diferente a la Justicia tradicional.

## 2. Criterios de aplicación en Justicia Restaurativa

Entendemos que los criterios de aplicación a la JR podrían englobarse en dos:

- Adecuación del instrumento al conflicto.
- Protección de los participantes, especialmente la víctima.

### a) ADECUACIÓN DEL INSTRUMENTO AL CONFLICTO

El principio de adecuación del instrumento al conflicto, que se contrapondría al de el derecho a la mediación, es un principio básico que incluye a su vez el principio de protección de las partes.

La protección de las partes, especialmente de la víctima, es un principio inspirador absoluto que supondrá la interrupción y finalización del procedimiento restaurativo cuando exista riesgo de victimización secundaria o de grave perjuicio para las partes.

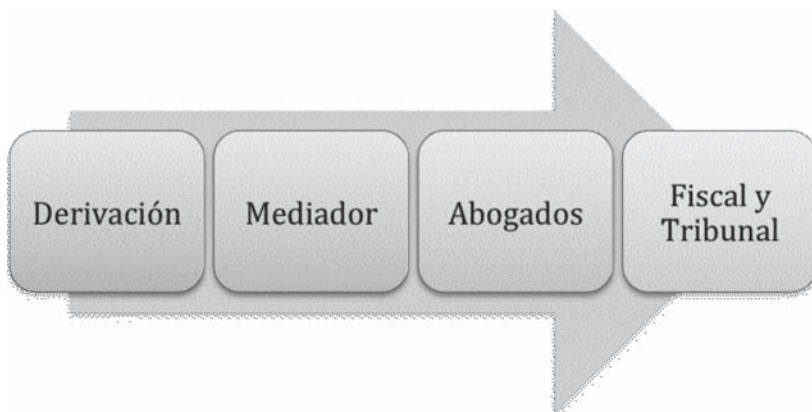
A diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva, y que puede suponer el derecho a una sentencia de fondo si concurren los presupuestos procesales, no se puede configurar un derecho a la mediación o a la JR de forma absoluta: de la misma forma que el derecho a la tutela judicial efectiva se garantiza cuando concurren los presupuestos procesales, las partes tendrán derecho a la mediación o a la participación en un procedimiento de JR cuando se den las circunstancias necesarias, que pasarán por que, existiendo un servicio que pueda asumir el asunto, se confirmen las circunstancias exigidas por el programa. Podemos señalar como circunstancias tenidas en cuenta por muchos programas las siguientes:

- Capacidad y actitud del agresor.
- Buena fe y capacidad de asumir la responsabilidad, valorable por los distintos operadores, como son los miembros del tribunal que realizan la remisión, el mediador, los equipos psicosociales.
- Capacidad y actitud de la víctima.
- Adecuación del instrumento en sentido estricto.
- No reincidencia.
- Participación de las partes adecuada.
- Participación de terceros.
- Eficacia del instrumento en el conflicto.

#### b) PROTECCIÓN DE LOS PARTICIPANTES, ESPECIALMENTE LA VÍCTIMA

En la práctica existen varios momentos en los que los operadores revisan la adecuación del procedimiento de mediación al conflicto. Describo aquí por ejemplo el sistema de control de muchos de los programas en España, en el que la mayoría se configura como un instrumento complementario a los Tribunales.

En primer lugar el envío o derivación a mediación de un caso no es en general automático cuando se trata de cuestiones penales; normalmente, los operadores judiciales, que podrán ser el Juez, el Secretario, personal de la oficina judicial, individual o conjuntamente, observan el cumplimiento de una serie de factores como apariencia de culpabilidad, como pueden ser la flagrancia o defensa no basada en negación de los hechos delictivos, la no reincidencia y actitud del agresor.



#### **Momentos en los que los operadores jurídicos controlan la adecuación en la Mediación entre víctima y ofensor en los programas en España**

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 77-106



La cuestión de la apariencia de culpabilidad es problemática a efectos de defensa del imputado, por lo que en la mayoría de los programas se asumen casos de mediación o JR cuando exista flagrancia, o la defensa del imputado se base en otro criterio diferente a la no participación en los hechos punibles.

En la mayoría de los programas no se permite la participación en procedimientos de JR cuando el agresor es un delincuente habitual o es reincidente. Esto se justifica porque la forma de JR no se configura como una forma de beneficio automático para el agresor, sino como una forma de restauración y reeducación del agresor, que normalmente no se puede conseguir con delincuentes habituales. Sin embargo, como ya señalaba anteriormente, la exclusión normativa de circunstancias como ésta puede excluir en la práctica el uso de la mediación u otra forma restaurativa para casos en los que los operadores valoraran muy positivamente su uso, por lo que es más adecuado establecer este tipo de criterios en documentos orientativos o protocolos para el desarrollo de la JR, generales o, mejor todavía, adecuados a cada partido judicial o Tribunal.

En segundo lugar, el propio mediador del ámbito penal lleva a cabo la función de protección de la víctima y control de la adecuación del procedimiento, teniendo en cuenta las circunstancias a las que nos hemos referido anteriormente, y principalmente la capacidad del acusado de asumir la responsabilidad y la no intencionalidad del acusado de dañar a la víctima.

En mediador realiza un control continuo de la viabilidad de la mediación u otro procedimiento restaurativo y la adecuación del procedimiento a las circunstancias. Así, si por ejemplo considera que el ofensor no tiene intención de empatizar con la víctima o de asumir la responsabilidad, puede dar por terminado el procedimiento sin resultado, y lo mismo puede hacer si considera que existe peligro de victimización de la víctima, o incluso si considera que la actitud de la víctima no es la adecuada.

Para los operadores jurídicos resulta difícil asumir una cesión de poder al mediador, que cumple un oficio o función nuevo y extraño para la mayoría de los juristas.

En tercer lugar, el abogado de las partes ejercerá las funciones propias de protección de los intereses de sus representados, garantizando que la mediación y sus resultados se enmarquen en la legalidad y el respeto a los derechos de los participantes.

Por último, cuando el fiscal, abogado, juez u otro operador judicial, cuando incorporan al proceso el acta de reparación o acuerdo concreto, realizan un nuevo control de la adecuación de la mediación al asunto, y, sobre todo, de las consecuencias jurídicas del acta de reparación.

#### IV. Conclusiones

El origen de la JR y su mayor desarrollo corresponde a los países anglosajones, principalmente Estados Unidos y Canadá, con el protagonismo en los últimos años de Nueva Zelanda y Reino Unido.

Las aportaciones internacionales y concretamente europeas están siendo decisivas para el desarrollo de la JR en los países europeos más resistentes al cambio, como son los países del sur de Europa.

El Consejo de Europa ha sido la organización internacional pionera en la promoción de la mediación en distintos ámbitos, incluido el penal, sin embargo sus esfuerzos no han tenido mucha relevancia en la práctica de los Estados. La Unión Europea, con su normativa referente a la víctima, está influyendo muy directamente en los Estados, sobre todo a través de instrumentos como la reciente Directiva de octubre de 2012, pero también con políticas de apoyo a investigación y a acciones en los Estados relativas a JR.

ONGs como GEMME o el European Forum for Restorative Justice son organizaciones que han participado y participan activamente en la difusión de la mediación y la JR, aproximando experiencias y conocimientos necesarios para su desarrollo.

En cuanto a la situación de la JR en los distintos países, podemos observar que en la mayoría de los casos los programas empezaron para delitos realizados por menores o juveniles, evolucionando para ir incluyendo programas con adultos.

La mayoría de los programas se derivan en la fase previa al juicio, y se observa una tendencia a ir derivándose también en la fase de juicio y de ejecución.

También se puede concluir que en los países en los que la mediación entre víctima y agresor (VOM) se consolida, se van introduciendo otras herramientas de JR y se va adquiriendo un mayor conocimiento de ésta por la doctrina, los operadores jurídicos e incluso por los ciudadanos. Entre estos países se encuentran Reino Unido, Noruega, Países Bajos y Bélgica.

Las resistencias de los países más conservadores jurídicamente, tales como España, a la relativa novedad de la mediación o la JR, se basan en la falta de difusión de los elementos básicos de esta materia.

Frente a la necesidad de regulación del proceso tradicional, y la aplicación de los principios tradicionales, en el ámbito de la JR es aplicable el principio de adecuación, flexibilidad, mínima regulación y protección de los participantes en el procedimiento restaurativo, sobre todo de la víctima.

# Fundamento y consecuencias de excluir de la justicia restaurativa ciertas infracciones penales

Javier Hernández García

Presidente de la Audiencia Provincial de Tarragona

A la memoria del juez José María Lidón, asesinado por defender los derechos y las libertades de todos, víctimas y victimarios.

## I. Las razones de la mediación penal y las razones para la mediación penal: algunas reflexiones introductorias

La reflexión sobre la necesidad de modelos alternativos a la justicia penal, iniciada hace apenas treinta años, se inserta como un contenido más de un nuevo paradigma de análisis de las diversas relaciones cruzadas entre Estado, sociedad, ciudadanos y fenómenos de desviación social. El desarrollo de la mediación, como sistema teórico, traduce la emergencia de un nuevo modelo de regulación social, de una nueva fórmula de acción que no se limite simplemente a la gestión de los conflictos sino que contribuya, también, a recrear espacios de comunicación y nuevas instrumentos de socialización<sup>1</sup>.

La mediación responde, por tanto, a una nueva concepción de racionalidad comunicativa, en el sentido defendido por Habermas<sup>2</sup>.

El nuevo paradigma bascula sobre la reformulación del sentido y el alcance del conflicto social y una nueva atribución de roles de participación en la que el infractor merece una respuesta de reintegración y la víctima un papel protagónico en la búsqueda de soluciones que comporten, por un lado, su reparación y, por otro, restaurar las consecuencias perjudiciales del delito sobre la sociedad.

---

<sup>1</sup> BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre: «Justice réparatrice et médiation pénale: vers de nouveaux modèles de régulation sociale?», en *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Dir., Mylène Jaccoud, ed. L'Harmattan, 2003, pp. 17 y ss.

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen: *Théorie de l'agir communicationnel*, T. Ileme, Ed. Fayard, Paris, 1981, p. 393.

Aquí radica la esencial diferencia con el modelo de respuesta judicial. En el proceso penal la solución aparece como un mecanismo de heterocomposición en el que las partes, particularmente la víctima, juegan, con excesiva frecuencia, un rol marginal. Las partes son despojadas de su conflicto. Durante el desarrollo del proceso son representadas por sus abogados, las audiencias son vaciadas de todo componente emocional que se neutraliza mediante el rito judicial-procedimental, que se desarrolla mediante el uso de un lenguaje codificado, de clasificaciones legales. En un buen número de supuestos, la decisión y la publicidad de la misma se convierten en instrumentos que refuerzan el carácter ejemplar de la sanción con la finalidad, por encima de los intereses particulares de los titulares del conflicto, de disuadir a potenciales infractores de cometer trasgresiones del orden público.

La diferente funcionalidad entre el modelo de justicia penal y el modelo de mediación como alternativa se patentiza de forma evidente en las preconcepciones que de forma trasversal empapan la actuación de los agentes llamados a la gestión de cada uno de aquéllos. Para los profesionales del modelo de justicia procesal-penal los conceptos de *violación del orden público, de derechos, de penas...* determinan su actuación, mientras que para los que intervienen en el modelo restaurativo de mediación priman, sobre todo, las categorías de *sufrimiento, de reinserción, de reparación, de nuevas relaciones sociales*. El procedimiento judicial tradicional focaliza sus objetivos en la identificación de los hechos típicos que alteran el orden público, que producen atentados a los bienes jurídicos, individuales o colectivos merecedores de protección, concibiéndose la reparación como una simple indemnización, como una consecuencia periférica, no tomando en cuenta la dimensión psicológica y social que dichas infracciones causan a la víctima y de forma más general a la propia sociedad.

La diferente lógica funcional se proyecta en que, a diferencia de la justicia penal, la mediación no tiene como objetivo primario la determinación de las responsabilidades ni la identificación de los tipos ni la graduación de la respuesta sancionatoria, sino la construcción de nuevas relaciones capaces de generar soluciones superadoras del conflicto. A diferencia de la justicia penal clásica, la mediación otorga a las partes el poder de gestionar su crisis, favoreciendo que la expresión directa de los sentimientos, el intercambio sobre las causas del conflicto intrapersonal y social permita, a la postre, fuera de estructuras formalizadas, la identificación de soluciones más equitativas.

La justicia restaurativa, para cuyo desarrollo la mediación constituye un instrumento fundamental, se presenta como una respuesta a la crisis de las finalidades tradicionales del *ius puniendi* del Estado, posibili-

tando el retorno de la víctima, mediante la atribución de un rol protagónico, al escenario penal.

La mediación, por tanto, se desarrolla sobre tres ejes: la deslegalización —la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión—; la *desjudicialización* —la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos estatales de justicia centralizada—; la *desjuridificación* —el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio—<sup>3</sup>.

Como resume de forma muy sugerente Tamarit Sumalla, tomando en cuenta las aportaciones de Highton/Álvarez/Gregorio, las razones de la mediación serían<sup>4</sup>:

- a) El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de ley.
- b) La realización del hecho delictivo crea una situación en la que se abre una serie de riesgos y de oportunidades para enmendar el estado de cosas que había podido favorecer el delito y para reparar las consecuencias del mismo.
- c) Una intervención reparadora debe abordar como prioridad la atención a la víctima primaria y en segundo lugar a las víctimas secundarias. Para el ofensor se abre la oportunidad de mejorar su intervención con la comunidad.
- d) La respuesta reparadora ante el delito tiene como principios la mínima coerción, la cooperación y el restablecimiento de las relaciones humanas.
- e) La justicia reparadora trata de establecer una estructura cooperativa que favorezca la asunción de responsabilidades.
- f) La participación de las personas interesadas en los procesos reparadores exige que se asegure estrictamente su libertad de intervención y el carácter voluntario en la producción de acuerdos.
- g) El proceso reparador exige una conducción tutelada y profesionalizada. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibi-

---

<sup>3</sup> CARTUYVELS, Yves: «Comment articuler médiation et justice réparatrice?», en *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, dir., Mylène Jaccoud, ed. L'Harmattan, 2003, pp. 52 y ss.

<sup>4</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep María: «La Justicia reparadora: ¿Una justicia para la víctima?», en *Manual de Victimología*, coord. Baca, E. y Echeburúa, E., ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

lidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas.

- h) El acuerdo reparador que pone término a un proceso de mediación debe contener compromisos razonables y proporcionados, respetuosos, en todo caso, con la dignidad humana.
- i) Son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización que se sirvan, en la medida de lo posible, de la comunicación natural.

Los postulados de la mediación posibilitan identificar su filosofía fundacional pero no permiten, sin embargo, institucionalizar un modelo unitario de desarrollo aplicable a cualquier país o sociedad con indiferencia del sistema social y político donde debe operar. Aquí reside una de las cuestiones de mayor relevancia. El modelo de la justicia restaurativa opera de forma diferente en función de la realidad donde se desarrolla, generando submodelos operativos diversos.

En este punto, cabe identificar notables diferencias entre el modelo restaurativo originario, de raíz anglosajona, y los modelos desarrollados en los países continentales europeos.

El factor diferencial más importante reside en el grado de interacción, de articulación, entre el modelo alternativo y el sistema de justicia penal. En los países anglosajones el modelo alternativo se nutre de concepciones comunitaristas en las que la intervención mediadora nace y se desarrolla en el seno de la sociedad civil en condiciones de una cuasi absoluta independencia del sistema institucionalizado de justicia. Mientras que en los países europeos, en particular Francia, Alemania e Italia, el sistema de mediación se desenvuelve *a la sombra* de aquél<sup>5</sup>. Se reconoce, en efecto, un grado de autonomía funcional, pero al mismo tiempo su desarrollo y, sobre todo, su eficacia se condiciona a mecanismos de articulación y de marcado control.

Ello pone de relieve, por un lado, el diferente papel que juega el Estado en cada una de las realidades políticas y, por otro, el diferente alcance que se otorga al proceso penal como cauce primario de intervención en los conflictos sociales graves. Mientras en el paradigma anglosajón el Estado se sitúa en una posición de observador que permite el libre desarrollo de las relaciones sociales, en los modelos europeos el Estado asume un tradicional rol de mediador providencial, catalizador de todos los mecanismos de control social. De igual modo, la estructura fuertemente acusatoria del proceso penal anglosajón con-

---

<sup>5</sup> BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre: *op. cit.*, p. 47.

trasta con el cariz inquisitorial de los procesos penales en Europa, al menos en sus inicios, donde incluso se consagra constitucionalmente, como en el caso italiano, la obligatoriedad de la acción penal y se proscribire o se limita a una posición del todo apendicular o secundaria al principio de oportunidad.

El *culto al principio de legalidad* propio de los países europeos continentales frente a la praxis consensual y negociadora de los países anglosajones marca de forma muy sensible el desarrollo de los modelos de mediación, dificultando en las primeras fórmulas de acción comunitaria, muy activas, sin embargo, en el ámbito de los segundos.

Una aproximación realista al desarrollo de la mediación en Europa, y de forma particular en nuestro país, obliga a diseñar buenos mecanismos de articulación entre el proceso de mediación y el proceso judicial, partiendo de la necesidad de reconocer al primero un espacio de autonomía funcional, pero que al tiempo sea compatible con las exigencias de control y eficacia de los acuerdos restaurativos que se alcancen dentro del espacio reservado para el segundo.

El paradigma comunitarista que parte de la idea de que la criminalidad es sobre todo un problema de la comunidad que debe ser regulado en su interior, choca en los sistemas europeos continentales, y en particular en el nuestro, con la ausencia de un tejido social independizado de la acción pública para la gestión de conflictos graves y la falta de conciencia comunitarista que posibilite trasladar al seno de la sociedad la grave responsabilidad de hacer efectiva, por un lado, la reparación y, por otro, la reinserción del infractor.

El modelo de *mediación retenida* que caracteriza a las regulaciones europeas constituye una vía, tal vez, no alternativa en un sentido fuerte a la justicia penal estatalizada de corte retribucionista. Pero ello, a mi parecer, no permite negar su intrínseco valor como un mecanismo transformador del sistema de justicia, mediante el que pueden obtenerse objetivos de mejora de la respuesta al conflicto y de redistribución dignificadora de los roles de las partes.

De alguna manera, el desarrollo de la justicia restaurativa en Europa, debido al déficit cultural-ideológico del que adolece, debe someterse a un método de *retroalimentación*. Su introducción a la sombra del sistema tradicional de justicia constituye un paso necesario, por indispensable, que no supone cerrar el círculo de su expansión ni las posibilidades futuras de aproximación a prácticas más comunitaristas y, por tanto, menos estatalizadas.

Pero, como apuntábamos, en estos momentos incipientes el pragmatismo en la regulación del modelo de mediación en el ámbito penal constituye la mejor garantía para su adecuado progreso.

En todo caso, la aparición de nuevas fuentes de conflictos sociales muy vinculados a una organización social cada vez más marcada por elementos culturales de corte comunitarista, al modo anglosajón, en el seno de las sociedades europeas continentales (conflictos en barrios —les *banlieues* franceses—, los grupos de jóvenes organizados bajo esquemas grupales por razón del origen migratorio, las disputas interculturales en el seno de las escuelas) sugieren intervenciones muy diferentes a las hasta ahora desarrolladas por los Estados, muchas veces limitadas a una respuesta penal generalizante de corte represivo.

Los Estados deben asumir la alta responsabilidad de permitir la entrada en juego de nuevas soluciones, algunas próximas a la noción de la *community mediation* y la creación de servicios de mediación intercultural que no tengan que pasar, de forma necesaria, por la *estrecha e inútil puerta* del proceso penal. Pero para ello no sólo bastan soluciones de tipo normativo. Se hace imprescindible la apertura de un debate social horizontal al que estén llamados a participar todos los agentes sociales implicados. Nuestro país se enfrenta a la realidad multicultural con una evidente desventaja, como es la ausencia de un modelo de gestión de los conflictos y de bases conceptuales de análisis, pero ello, paradójicamente, ofrece también una ventaja y es la posibilidad de búsqueda de vías de gestión novedosas que no arrastren preconcepciones sobre la organización social.

Con ello no pretendo propugnar como única solución frente a los nuevos conflictos los modelos comunitaristas, sino apuntar la necesidad de tomarlos en cuenta y valorar algunas de las soluciones que operan con éxito en las sociedades donde se aplican.

La mediación comunitaria, con todas las implicaciones transformadoras y emancipadoras que conlleva, no es en estos momentos una vía realista para la gestión de los conflictos penales que se suscitan en contextos de interculturalidad, pero ello no debe suponer su definitiva exclusión al *rincón de los trastos inútiles*.

## II. Las contrarrazones de la mediación penal

Para el análisis de un modelo de regulación de conflictos como la mediación no debe prescindirse, como contrapunto dialéctico, de las razones que se oponen al mismo. Algunas de ellas cuestionan los presupuestos ideológicos, pero otras nacen desde posiciones de franca defensa del modelo restaurativo aunque advirtiendo de los riesgos de su



inadecuado desarrollo institucional<sup>6</sup>. Unas y otras son importantes para poder valorar mejor los *costes* y *beneficios* del modelo y todas ellas deben ser escuchadas por un legislador que no puede seguir de forma indefinida *mirando a otro lado*, permitiendo que la mediación penal siga transitando por territorios de absoluta incerteza.

Una crítica fuerte a la *restaurative justice*, se basa en el riesgo de ocultación de los conflictos sociales que puede decantarse de la *ideología de la armonía* que sustenta dicho modelo de gestión. Muy influenciados por las tesis de Michael Foucault<sup>7</sup>, los críticos sostienen (Finnemann, Abel, Pavlich) que mediante la mediación solo se pretenden abordar los efectos o manifestaciones del conflicto pero no las causas. La contraposición del proceso judicial como un espacio de alienación, de hostilidad y de costes excesivos frente al proceso de mediación como espacio de reforzamiento de las responsabilidades cívicas y comunitarias, transforma los conflictos desde una lucha por los valores e intereses a un problema de comunicación. En una palabra, los conflictos sobre los hechos y los derechos se transforman en diferencias relacionales y emocionales.

La ideología de la armonía partiría de la presunción de que todas las personas comparten los mismos valores y objetivos, buscando la solución mediante la *autoculpabilización* y la necesidad de modificar los concretos modos de vida sin recabar sobre las necesidades de reformas estructurales y sociales. Pavlich<sup>8</sup> pone como ejemplo las relaciones conflictivas entre vecinos. La mediación busca el canon de convivencia armónica soslayando, por ejemplo, los factores propiciatorios estructurales del conflicto que pueden concurrir como pueden ser los modelos de urbanización y de construcción de viviendas que prescinden por criterios puramente económicos de medidas que garanticen el aislamiento acústico o visual. El componente restaurativo, para esta corriente crítica, no tendría como objetivo la reforma social sino *restaurar* el orden establecido, resituando a las partes en su posición original, perpetuando las normas y valores de un orden dominante.

Otra interesante crítica centra su objetivo en los efectos indeseables que sobre la estructura del proceso penal puede generar una hipertrófica ideología reparadora de la víctima (*movimientos de reacción social*)

---

<sup>6</sup> Un excelente resumen cabe encontrarlo en el trabajo de LARRAURI, Elena, «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», en *Serta in memoriam Alexandro Baratta*, VV.AA.; editado por Pérez Álvarez, Fernando, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michael: «La verdad y las formas jurídicas», en *Estrategias de Poder*, Barcelona, 1999.

<sup>8</sup> PAVLICH, G.: «The Power of Community Mediation: Gouvernement and Formation of Self-Identity», en *Law and Society Review*, vol. 30, n.º 4, 2000.

como fundamento exclusivo del modelo de mediación. Las formulaciones extremas por las que se reivindica un rol protagónico y central de la víctima en el sistema de justicia penal pueden comprometer los fines sociales que deben caracterizar un modelo de gestión de los conflictos penales estimulando el individualismo, la multiplicación de expectativas de derecho al resarcimiento —el fenómeno de la *legal explosion* que describe Friedmann—, el crecimiento del sentimiento subjetivo de inseguridad y el aumento del número de víctimas no indemnizadas.

Tal *componente inflacionario* del conflicto al no poder ser asumido por los mecanismos de mediación puede estimular, de forma paradójica, una revalorización del proceso penal clásico con una consiguiente demanda de endurecimiento de la respuesta penal como único factor compensatorio. El riesgo de lo que se ha denominado *integrismo victimario*<sup>9</sup> puede arrastrar una desnaturalización del proceso como respuesta garantizadora de los derechos de los presuntos infractores.

También se ha opuesto al componente reparatorio de la mediación la posible vulneración del principio de igualdad y el efecto perverso de privatización del conflicto penal. La renuncia a la acción penal o a la sanción por el simple dato de la reparación del daño causado puede suponer, primero, que aquéllos que no dispongan de medios económicos no puedan beneficiarse del modelo alternativo y, segundo, que no se satisfagan los fines específicos e irrenunciables a los que debe tender todo sistema penal como son el de desaliento de conductas delictivas futuras por el infractor y el de prevención general de los comportamientos delictivos<sup>10</sup>.

De alcance más pragmático se han formulado críticas que ponen el acento en la eficacia limitada del modelo de mediación y su aplicabilidad sólo a *delitos bagatela*, lo que puede resultar incluso contraproducente, pues la asunción de la responsabilidad y la reparación en estos casos, al no comportar consecuencias que impliquen un excesivo esfuerzo o sacrificio, puede banalizar el modelo, vaciando su sentido profundo como método restaurativo de la dignidad tanto del infractor como de la víctima<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CARTUYVELS, Yves: ob. cit., p. 70.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 45, pp. 183 y ss.

<sup>11</sup> TAMARIT SUMALLA: ob. cit., donde el autor recoge la crítica, al tiempo que introduce agudas consideraciones sobre la potencial utilización de técnicas de mediación en delitos de especial gravedad, aun cuando advierte de las precauciones metodológicas que deberían activarse, siguiendo las conclusiones derivadas de los trabajos de campo de Umbreit/Vos/Coates/Brown (2003). Entre aquéllas: la iniciación del proceso desde la víctima, la conducción del proceso por un mediador con larga experiencia y con un apoyo

La relevancia dialéctica de algunas de estas críticas resulta evidente y obliga a activar las alarmas. Desde luego, una orientación exclusivamente reparadora, bajo criterios cuantitativos, del modelo de mediación puede comprometer su razón de ser. La mediación no debe renunciar, desde luego, a procurar la reparación económica de la víctima, pero tampoco puede renunciar a posibilitar objetivos restaurativos de las propias causas del conflicto, de las condiciones sociales o personales del infractor o de los concretos objetivos que mueven a la víctima a participar de forma voluntaria en el proceso. Un modelo o un desarrollo del modelo de mediación *economicista* puede favorecer, por un lado, la hiperinflación y consiguiente crisis por ineficacia y, por otro, lo que es aún más grave, reducir las estrategias de mediación a simples fórmulas conciliatorias que busquen la descompresión del sistema tradicional de justicia, reservadas a infractores y víctimas con un nivel adecuado de recursos económicos y sociales, orillando toda finalidad de prevalecimiento de los fines del derecho y de restañar el conflicto en su perspectiva social y psicoindividual.

### III. **¿Cabe establecer prohibiciones o exclusiones del método restaurativo en atención a la naturaleza de la infracción o por las condiciones de las víctimas del delito?**

Junto a las razones expuestas que obligan, a mi parecer, a perfilar con suficiente claridad los fundamentos y las finalidades de los mecanismos de justicia restaurativa no cabe obviar, también, los problemas de límites que sugiere el modelo.

Límites que pueden derivarse tanto de la naturaleza del hecho victimizador como de las condiciones subjetivas de los que intervienen en el mismo, ya sea como agente productor o como víctima de la acción o de sus consecuencias.

Con relación a los límites derivados de la naturaleza de la infracción, la realidad comparada de los modelos ofrece muy diversas soluciones<sup>12</sup>. Desde aquellos sistemas en los que se previenen cláusulas

---

adecuado, un proceso largo de preparación (un mínimo de seis meses), un estudio escrupuloso de las condiciones de la víctima antes de valorar la oportunidad de un encuentro cara a cara y una involucración en el proceso de los profesionales de los servicios de atención a las víctimas, del personal penitenciario y de personas familiarizadas con procesos de diálogo reparador en supuestos graves.

<sup>12</sup> Vid. un buen resumen de la realidad comparada en Barona Villar, Silvia, *Mediación penal: fundamentos, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 287 a 317.

específicas de prohibición de mediación atendiendo a tipos concretos de delitos, los que excluyen de forma genérica dicha posibilidad restaurativa en los delitos violentos hasta aquéllos que establecen condiciones normativas, tanto de oportunidad como de adecuación, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto.

A mi parecer, las opciones de exclusión o prohibición generales carecen de necesario fundamento justificativo en la medida en que el modelo de la justicia restaurativa responde a finalidades axiológicas y pragmáticas para cuya obtención el tipo del conflicto actúa como objeto no como precondition. No se alcanza a identificar con claridad porqué pueden ser válidas las finalidades restaurativas en un supuesto de infracción menor y, sin embargo, puedan excluirse de forma apriorística en infracciones más graves. Es cierto que respecto a las primeras cabe pronosticar una mayor facilidad, y disponibilidad, de los agentes concernidos a someterse a los mecanismos extraprocesales de mediación restaurativa.

Pero, insisto, ello es una cuestión de alcance mucho más cuantitativa que cualitativa y no sirve por sí para descartar la oportunidad de su puesta en marcha en marcos de conflicto más graves. Además, en muchos casos, el mero dato de la violencia victimaria típica no permite medir la gravedad de la conducta victimizadora, sobre todos desde la propia perspectiva de la víctima. Resulta empíricamente poco sólido que pueda presumirse la ineficacia del sistema reparatorio en un supuesto, por ejemplo, en el que concurre una tasa de mínima violencia en su producción con la consecuencia de su exclusión. Y, sin embargo, pueda también de forma apriorística y generalizante presumirse la oportunidad de activar mecanismos reparatorios intra o extraprocesales en relación a infracciones que si bien no se han producido con violencia sin embargo pueden comportar una altísima carga victimizadora. Piénsese, por ejemplo, en graves lesiones o muertes derivadas de imprudencias leves o, incluso, en delitos dolosos como la estafa o el hurto que pueden, en atención a las circunstancias concretas, situacionales, haber producido un intensísimo daño moral, no solo patrimonial a la víctima.

Por otro lado, y como se ha constatado de forma empírica incontestable<sup>13</sup> la activación de dichos mecanismos en supuestos de altísima

---

<sup>13</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia de género», en la obra colectiva *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012, pp. 90 y ss., donde se precisa los resultados de los estudios desarrollados en Ohio y Texas en los que participaron 79 víctimas, directas e indirectas, en delitos contra la vida, de graves lesiones y contra la libertad sexual, de las cuales 71 manifestaron un alto grado de satisfacción consecuente a su participación en

victimización ha arrojado consecuencias y resultados efectivamente reparatorios de altísimo valor, aun cuando éste deba medirse en estos supuestos atendiendo a criterios mucho más cualitativos que cuantitativos.

Otro argumento que justifica reglas de exclusión o prohibición de mediación para determinados tipos de delitos, en particular, los violentos se sitúa en la llamada perspectiva victimológica. Así se sostiene que la víctima no debe exponerse a un escenario como el de la mediación que comporta, por el contacto directo con el victimario, altos riesgos de victimización, mediante la reproducción de situaciones de dominación y desventaja, sin las garantías victimológicas fuertes que ofrece el modelo de justicia penal. El sometimiento del componente emocional a las fórmulas rituales que caracterizan al modelo clásico se compensa por la protección que se ofrece a la víctima, que no se ve obligada, por tanto, a exponerse a una regresión en su proceso de recuperación post-traumática.

Es obvio que el anterior argumento resulta particularmente valioso para medir cómo debe diseñarse el modelo de mediación restaurativa y cómo y cuándo puede aplicarse. Pero no estoy convencido que sirva por sí solo para justificar en todo caso y circunstancia su prohibición. Cuestión ésta que desarrollaré en un momento posterior.

En todo caso, resaltar que bajo la vigencia de la Decisión Marco sobre el Estatuto de la Víctima en el proceso penal de 15 de marzo de 2001, el TJUE, en su Sentencia de 15 de septiembre de 2011, si bien reconoció, al hilo de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona, un amplio margen de apreciación nacional a los Estados en relación a qué tipo de delitos podían ser excluidos de los mecanismos de mediación<sup>14</sup> a cuya facilitación, bajo la fórmula «procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones

---

los programas de mediación diseñados. UMBREIT/VOS/COATES/BROWN: «Victim Offender Dialogue in violent cases: a multi site study in the United States», en *Acta Juridica*, 22, 2007, pp. 22 y ss.

<sup>14</sup> Para el mejor análisis de la cuestión resulta de especial interés acudir a las alegaciones de los diferentes Estados que intervinieron en el proceso que resolvió la cuestión prejudicial —Alemania, Austria, Italia, Polonia, Reino Unido, Suecia, Holanda y España, así como la propia Comisión Europea—. Todos ellos, consideran que el artículo 10 de la Decisión Marco 2001 no imponía un deber de inclusión de los delitos de violencia contra la mujer dentro del espacio posible para la justicia reparatoria, si bien y como se apunta en los informes de Austria, Alemania y Polonia ello no empece la oportunidad de que en determinadas circunstancias resulte útil, con la finalidad de garantizar los intereses de las víctimas del delito, procurar acuerdos de contenido reparatorio, reclamando todos los Estados, menos España, una cierta objetividad en las razones de exclusión.

que a su juicio se presten a este tipo de medida», llamaba el artículo 10, también apuntó la necesidad de utilizar *criterios objetivos para justificar dicha exclusión*<sup>15</sup>. Decisión cuyo alcance interpretativo y vinculador, no obstante, debe ponerse en relación con el texto del Derecho de la Unión que sirve de marco de referencia, lo que supone la necesidad de plantearse si sus fundamentos decisorios son trasladables a lo dispuesto en la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012 (DOUE, de 14.11.21012) por la que se establece el nuevo estatuto mínimo de la víctima en el proceso penal que sustituye a la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001.

La cuestión se presenta esencial pues a mi parecer la nueva norma comunitaria introduce un giro novedoso y modificativo respecto al

---

<sup>15</sup> Transcribo de los fundamentos de la decisión: «Mediante su quinta cuestión planteada en ambos asuntos, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si el artículo 10 de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.

72. A este respecto es preciso señalar que, aparte de que el artículo 34 UE, apartado 2, deja en manos de las autoridades nacionales la determinación de la forma y de los medios necesarios para alcanzar el resultado que persiguen las decisiones marco, el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco se limita a ordenar a los Estados miembros que procuren impulsar la mediación para las infracciones que «a su juicio se presten a este tipo de medida», de manera que corresponde a los Estados miembros la determinación de las infracciones para las que se permite la mediación (véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, Eredics y Sápi, C-205/09, Rec. p. I-0000, apartado 37).

73. Por lo tanto, el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco permite a los Estados miembros excluir la mediación en todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito familiar, como establece el artículo 87 ter, apartado 5, de la LOPJ.

74. En efecto, del propio tenor del citado artículo 10, apartado 1, y del amplio margen de apreciación que la Decisión marco confiere a las autoridades nacionales respecto a los mecanismos concretos para alcanzar sus objetivos se deriva que, al decidir excluir la aplicación del procedimiento de mediación para un concreto tipo de infracción, opción que obedece a razones de política penal, el legislador nacional no se ha excedido de la facultad de apreciación de que dispone (véase, por analogía, la sentencia Eredics y Sápi, antes citada, apartado 38).

75. Ha de añadirse que la apreciación de los Estados miembros puede verse limitada por la obligación de utilizar criterios objetivos a la hora de determinar los tipos de infracción para los que consideren inadecuada la mediación. Ahora bien, no hay indicio alguno de que la exclusión de la mediación prevista por la LOPJ se base en criterios carentes de objetividad.

76. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión que el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones».

texto sustituido de 2001. Ya no se parte de una suerte de buen deseo de implementación cuya obtención se cede a la iniciativa más o menos discrecional de los Estados, en los términos contemplados en el artículo 10 que, además, no venían precedidos de ningún reflejo en el preámbulo donde se fijaban las finalidades axiológicas y finalísticas del modelo de protección victimológica. Creo que el legislador de la Unión de 2012 va mucho más allá al prever y regular la justicia reparadora como un eje sobre los que se funda el nuevo diseño, limitando en consecuencia los márgenes nacionales de exclusiones y prohibiciones apriorísticas atendiendo solo al tipo de infracción o a presuntivas reglas de idoneidad en consideración al impacto victimario.

El párrafo 46 del preámbulo resulta particularmente revelador:

«Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio».

Filosofía fundacional de un nuevo modelo que se refleja de forma nítida en el artículo 12 de la Directiva donde se establece el «Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora», cuyo contenido es el siguiente:

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de

- seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;
- b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparatora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
  - c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
  - d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
  - e) los debates en los procesos de justicia reparatora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparatora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación».

A mi parecer, la norma comunitaria parte de la necesidad de identificar causas objetivas para la decisión excluyente de los mecanismos de mediación restaurativa en el caso concreto. No de un modelo de prohibiciones cerradas y apriorísticas en cuanto ello podría colisionar con otros de los ejes esenciales del nuevo estatuto: por un lado, el reconocimiento y garantía de un espacio en el proceso penal del derecho a la autonomía de la persona victimizada, mediante el fortalecimiento y ampliación de los deberes públicos de información, y, por otro, la toma en consideración de sus opiniones y deseos durante el desarrollo del proceso y, muy en particular, en la adopción de medidas de protección —artículo 22.6.º «las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación de las víctimas y deberán tener en cuenta sus deseos, incluso cuando éste sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los artículos 23 y 24»—.

Por tanto, la cuestión se traslada a la valoración de las condiciones que permiten activar el modelo de mediación previsto en cada legislación estatal y, en particular, las condiciones estrictamente victimológicas en las que debe desarrollarse.

En efecto, la concurrencia de razones objetivas de exclusión *ad casum* se nutren de las características del hecho victimizador, sus circunstancias de producción, en especial las contextuales y relacionales con la víctima, sus consecuencias victimizadoras y, desde luego, las condi-



ciones personales tanto del victimario como de la persona victimizada. En particular, deberán tomarse en cuenta los riesgos de desprotección, de revictimización, de reproducción de situaciones de dominación en particular en aquellas infracciones que puedan calificarse como de violencia de género, sexual o *en el marco de las relaciones personales*<sup>16</sup> y, desde luego, si la víctima reúne condiciones de madurez y de capacidad comunicativa para asumir el proceso de mediación restaurativa. Todo ello marcado por una finalidad esencial de garantizar sus intereses y previa evaluación individualizada y facilitación de una cumplida información exhaustiva e imparcial sobre el contenido y finalidades del mecanismo restaurativo que permita identificar un libre e informado consentimiento de la persona victimizada que accede a los servicios de justicia reparadora<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Categoría o tipología normativa que introduce la Directiva y que se refiere a supuestos en los que la violencia se comete en una relación personal por una persona que es o ha sido cónyuge o compañera de la víctima o bien otro familiar, tanto si el infractor comparte o ha compartido el mismo hogar con la víctima, o no —vid. párrafo 18 del Preámbulo y artículos 9.3.b), 22.3, 23.2.d), donde se menciona de forma expresa junto a las categorías víctimas por violencia de género y sexual—.

<sup>17</sup> Aun de forma fragmentaria la norma de la Unión Europea sobre justicia reparadora se hace eco en cuanto a los límites y las condiciones de desarrollo de los procesos intra o extraprocerales de mediación restaurativa de los *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, aprobados en 2002 por la *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* de las Naciones Unidas y a la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, donde se establece: La obligación de salvaguardar la «*igualdad de armas*» como *igualdad moral*. Como se refiere en el apartado 15 de los *Basic Principles*, valorar y modular las disparidades de partida entre las partes, susceptibles de producir desequilibrios. Dicha exigencia resulta básica. La esencia del proceso restaurativo radica en su dimensión comunicacional. En la apuesta por las palabras en lugar de por las fórmulas de alegación formalizadas que caracterizan al proceso penal clásico. Pero es evidente que dicho espacio comunicacional reclama exigentes condiciones de desarrollo. Una de ellas, es la necesidad de que las partes sean entendidas en sus sufrimientos o en la reivindicación de sus derechos.

El *Derecho de las partes a la información*. La libre decisión de las partes a participar en un proceso de mediación constituye la sustancia, el principio base, la *regla de oro*, sin la cual no puede pensarse ni diseñarse un programa restaurativo. La importancia fundacional del derecho a la información se refleja tanto en los *Basic Principles* de la ONU como en la Recomendación (99) del Consejo de Europa.

El consentimiento, la libre adhesión, reclama como precondiciones la competencia para prestarlo y la información del porqué y para qué se presta. Dicha información, como todas las que puedan o deban producirse en el seno de un proceso penal, debe procurar ajustarse a la competencia técnica y lingüística de sus destinatarios y debe extenderse tanto a los derechos de los que se es titular como a las obligaciones que pueden derivarse del proceso de mediación. En todo caso, en dicha información debe procurar trasladarse también no solo los costes y beneficios del proceso, tanto desde la

#### IV. Especial referencia a la exclusión de la mediación en delitos de violencia contra la mujer

Sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse del proceso de trasposición de la Directiva, que finaliza el 16 de noviembre de 2015, lo cierto es que nuestro modelo legal ha optado de forma expresa, en el artículo 87 ter.5.º LOPJ, por una regla de prohibición general de la mediación<sup>18</sup> que parece referirse a los delitos que se men-

---

perspectiva de la persona responsable del daño como de la víctima, sino también las razones del proceso, «la filosofía pública» que lo inspira y las condiciones rituales de desarrollo. La información debe actualizarse a lo largo del todo el proceso judicial pues en cada fase debería garantizarse la entrada en juego del mecanismo de mediación cuyos objetivos restaurativos vendrán, en lógica consecuencia, determinados, por el grado de desarrollo alcanzado en el proceso judicial con el que debe articularse.

*La necesidad de un marco objetivo para el desarrollo del proceso de mediación, convenido por las partes: el reconocimiento de los hechos básicos (basic facts) por el victi-mario.*

Si bien, la fijación de los hechos base debe realizarse en condiciones de 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 basales del modelo alternativo. La creación de condiciones comunicativas pasa por la generación de un clima de confianza no solo entre las partes entre sino entre éstas y los mediadores. Las partes, en particular el causante del daño, debe confiar en que la información que transmita 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 autoincriminación en el ámbito del proceso penal será respetado. Los mediadores, por tanto, deben actuar bajo cláusula de estricta confidencialidad que deber ser respetada por todos los poderes implicados en el proceso penal. El Parágrafo 32 de la Recomendación (99) n.º 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. 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 inutilizabilidad de la información derivada del proceso de mediación que pueda acceder al proceso judicial o de atribución de valor indiciario de culpabilidad al simple dato de la participación del acusado en el proceso de mediación (parágrafo 14 Recomendación (99) n.º 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 medición debe ser el expreso consentimiento de las partes intervinientes si bien en este punto la Directiva añade la posibilidad de comunicación si así lo exige el derecho Nacional por razones de interés público —artículo 12.1.e)—. Cláusula del alcance discutible que puede introducir graves problemas para el desarrollo eficaz y respetuoso de los modelos de mediación con los principios del justo proceso.

<sup>18</sup> La regulación luxemburguesa contenida en la Ley de 8 de septiembre de 2003, de *violence domestique*, también opta por la prohibición *ex ante*. Sin embargo, ha le-

cionan en los apartados a) y b) del párrafo 1.º del precepto que, en terminología de la norma de la Unión, abarca tanto los delitos de violencia de género como de violencia en las relaciones personales<sup>19</sup>, si bien la desconcertante y muy defectuosa redacción y estructura del artículo permite sugerir interpretaciones no remotas que limitarían la regla de prohibición solo a los primeros<sup>20</sup> e interpretaciones, desde luego, mucho más remotas que sostienen que la regla prohibitiva solo afectaría a la mediación civil<sup>21</sup>.

En todo caso, lo que no resulta aceptable, aun cuando, como se apuntaba, la opción ha sido avalada por el TJUE en su sentencia de 15 de septiembre de 2011, es que el legislador haya guardado el más absoluto silencio sobre las razones que la justifican. Ni una sola línea se contiene en la Exposición de Motivos de la L.O 1/2004 que introduce la regla, lo que impide, desde luego, identificar qué razones objetivas, en los términos reclamados por el propio TJUE, pudo tomar en cuenta el legislador para ordenar una consecuencia tan trascendente, en términos sistemáticos, para definir los presupuestos, también axiológicos, del modelo de intervención penal establecido.

La ausencia de razones explícitas obliga a un ejercicio de imaginación que permita identificar, al menos, las implícitas. Y entre éstas cabe identificar variadas, tanto por su mayor o menor alcance justificativo como, sobre todo, los fundamentos ideológicos en los que se basan<sup>22</sup>.

Las razones barajadas apuntan a la inconveniencia de que en delitos de violencia contra la mujer el proceso penal se vea desprovisto o reducido de la carga simbólica de corte clásicamente retribucionista, proyectando una imagen bagatelaria de las infracciones cometidas en dicho ámbito; la desconfianza absoluta en que la intervención de la víctima de violencia de género en este tipo de mecanismos restaurativos pueda resultar insignificante; el riesgo de que se perpetúe o, al menos,

---

vantado severas críticas tanto en el Consejo de Estado como en la autoridades judiciales de aquel país, señalándose que una exclusión sistemática de la mediación en estos casos puede convertirse en una medida demasiado severa sin que una política criminal de fuerte cariz retribucionista pueda siempre identificarse como beneficiosa para la víctima.

<sup>19</sup> Vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 16 y ss.

<sup>20</sup> Vid. BARONA VILLA: *op. cit.*; GUARDIOLA LAGO, María Jesús: «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», en *Revista General de Derecho Penal*, 12, 2009, p.18.

<sup>21</sup> Vid. RODRÍGUEZ LAÍNZ, José Luis: «Mediación penal y violencia de género», en *Diario La ley* n.º 7557, 2011, pp. 5 y ss.

<sup>22</sup> Vid. por su particular interés, la exposición de VILLACAMPA ESTIARTE (*op. cit.*) sobre las relaciones entre el discurso feminista, liberal y radical, y restricciones y prohibiciones de mediación en delitos de violencia contra la mujer.

se prolongue el estado de sometimiento al victimario que termine por imponerle la solución mediadora; los costes de revictimización que se derivan del encuentro desritualizado con el agresor.

No cabe duda que todas estas razones deben tomarse muy en serio pero en mi opinión no justifican la prohibición. Deberían actuar como prevenciones para la activación del mecanismo restaurativo y para, en su caso, justificar en el caso concreto que el mismo no resulta procedente o que dado el diseño procedimental o las condiciones en las que se desarrolla no pueden neutralizarse de forma adecuada los riesgos antes apuntados.

Presumir en todo caso y circunstancia incapacidad, desigualdad, revictimización o degradación simbólica de la gravedad del hecho victimizador en estos contextos supone, en muchos casos, un trasfondo ideológico que niega la autonomía a las mujeres y que, a la postre, justifica indirectamente su cosificación en el proceso penal, situándola en una posición apéndice, en *una suerte de rincón de los trastos inútiles*. Lo que contradice de forma nuclear los fundamentos axiológicos de una nueva victimología que reivindica la dignidad de la víctima como valor esencial a preservar y a proteger, desde luego, pero no a sus espaldas o en contra, siempre y con independencia de actuaciones individualizadas de evaluación, de sus deseos o de su proyecto de calidad de vida significativa. Fines y objetivos sobre los que descansa el nuevo estatuto mínimo de la víctima en el proceso penal que se diseña en la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

Por otro lado, las razones implícitas de prohibición parecen, como apuntábamos, *sobrevolar* sobre la grave situación en el que se desenvuelve nuestro sistema de intervención penal contra la violencia de género y en las relaciones personales.

Los datos de análisis de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en los últimos cinco años son muy significativos: se identifica una media del 54% de sentencias absolutorias y un despreciable porcentaje —del 7%— de procesos incoados y tramitados como violencia habitual.

Y aun cuando no existen estudios empíricos —si bien en Catalunya se acaba de elaborar uno confeccionado por psicólogos que forman parte del *Equip d'atenció a la Víctima del Departament de Justícia*, que ofrece interesantes conclusiones aproximativas— no es aventurado apuntar que en número notable de casos el resultado absolutorio se explica porque la presunta víctima utiliza mecanismos que podrían calificarse de *autodesprotección institucionalizada* como lo es sin duda la facultad de no declarar o renuncias expresas al ejercicio de la acción penal, aun cuando ésta se de naturaleza pública.

Es evidente que un porcentaje de dichos comportamientos auto-protectores puede explicarse por factores continuados de victimización directa o indirecta. El victimario puede activar mecanismos de coerción que fuercen a la víctima a eludir en el proceso, en cualquiera de sus fases, la obligación de testificar lo que, sin perjuicio de su dimensión cuantitativa, supone un grave factor de ineficacia ética y cualitativa del sistema.

Pero es evidente, también, que dicho factor no puede explicar, ni mucho menos, todos los supuestos en lo que las presuntas víctimas de violencia de género y de entorno personal activan la facultad de abstención.

¿Qué factores pueden explicarlo? La respuesta es desde luego difícil. Pero creo que se puede apuntar racionalmente que algunos, desde luego no en términos insignificantes, de los comportamientos de auto-desprotección pueden venir determinados o influenciados por la rigidez y la hipercriminalización que caracterizan a nuestro modelo de intervención penal.

No puede cuestionarse de forma alguna las necesidades de contundentes y eficaces mecanismos destinados, primero, a desincentivar comportamientos victimarios en el ámbito de la relaciones personales y, segundo, a castigarlos. No es el momento ni el espacio expositivo para reiterar la gravedad del fenómeno criminal de la violencia por género y por relación personal tanto en su dimensión cuantitativa como cualitativa. Pero creo que la práctica jurisdiccional está suministrando suficientes elementos para plantearse si el modelo de intervención diseñado por la Ley 1/2004 se presenta como el más eficaz para ofrecer respuestas adecuadas.

El análisis preciso de las disfunciones del modelo tanto en su dimensión penal como procesal me situaría fuera de lo que constituye el objeto de este trabajo pero sí considero indispensable poner de relieve que la hipercriminalización, las previsiones sobre las consecuencias penológicas y la prohibición de toda posibilidad restaurativa mediante la mediación constituyen factores que, todos unidos, pueden explicar la hipertrófica utilización de dichos mecanismos de autodesprotección propiciando una paradoja inasumible: que un sistema pensado para el castigo de los victimarios pero también para la protección efectiva de víctimas vulnerables autogenera indeseables espacios de impunidad y de desprotección.

Con mayores penas no siempre se consiguen o se optimizan las finalidades de prevención que justifican la intervención. El recurso al derecho penal, a la hipercriminalización, nos sitúa en una peligrosa *pendiente resbaladiza* que puede afectar no solo a la racionalidad ética del

modelo sino también a su racionalidad pragmática. La fascinación por el derecho penal puede arrastrar consecuencias muy perversas que se pueden volver en contra de lo que se pretende. La primera, es la percepción social de que solo las conductas tipificadas como delito merecen la reprobación social o dicho de otra manera que todo aquello que no está prohibido por el derecho penal resulta socialmente tolerado. La segunda, sobre todo en supuestos de amenazas o coacciones de naturaleza levísima, supone trasladar una percepción social de sanciones desproporcionadas por hechos de escasísima significación, convirtiendo a la sanción en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al victimario, particularmente cuando es hombre, como receptor de una sanción injusta y, en esa medida, como víctima de un sistema represor externo, lo que puede reactivar discursos naturalizadores/legitimadores de las conductas de dominación.

Considero que algunas víctimas pueden estar interiorizando este *contradiscursos*: que las consecuencias que se derivan de la activación del proceso penal resultan desproporcionadas y que, además, comportan en muchos casos consecuencias muy perturbadoras sobre su propia vida personal y familiar. De ahí que, por ejemplo, el ejercicio de la facultad de abstención suponga en algunos casos la única posibilidad de ejercicio de autonomía en un entramado institucional que no solo castiga al victimario sino que además modifica sin posibilidad alguna de intervención de la propia víctima aspectos fundamentales de su vida privada y familiar.

De alguna manera, la rigidez y la gravedad de la respuesta en supuestos de leve o aislada victimización puede trasladar a la víctima una percepción de que el uso de las facultades de abstención puede neutralizar el funcionamiento de una maquinaria que pensando en ella sin embargo no cuenta con ella.

A ello deben sumarse las condiciones, muchas veces sonrojantes, de tramitación procesal que se activan ante cualquier forma de victimización. Los *procesos sumarísimos* de urgencia en la mayoría de los casos no permiten reconstruir la historia de violencia, la víctima ni es escuchada ni entendida, trasladándole, además, con frecuencia, la única responsabilidad «probatoria» sobre el resultado del proceso. Procesos que pese a la invisibilización de las circunstancias reales de la historia de victimización, sin contar con los deseos de la víctima, sin conocer sus necesidades, sin ser informada de forma adecuada, en los términos que reclama el artículo 22 de la Directiva 2012/29, determinan de forma imperativa la ruptura de las relaciones personales y sus condiciones de vida.

Es cierto que el Estado puede y debe proteger a las personas victimizadas, sobre todo cuando el proceso de victimización ha generado

una situación de menoscabo moral y social de la autonomía personal, pero ni siempre mediante sanciones penales excesivas ni prescindiendo de las reales circunstancias del proceso de victimización.

Por ello considero que la prohibición *ex ante* de la mediación carece de razones objetivas que la justifiquen. Sin eludir la necesidad de analizar de forma individualizada las circunstancias en el caso concreto —situación personal y necesidades inmediatas de la víctima, edad, sexo, posible discapacidad, madurez, contexto victimario y del victimario— que permitan activar los mecanismos de mediación y en cumplimiento escrupuloso del programa de fines y condiciones establecidas en el artículo 12 de la Directiva 2102/29, considero que la mediación en este tipo de delitos constituye un instrumento muy valioso para el reconocimiento simbólico y real de la autonomía, de la centralidad y de la dignidad de la víctima en el proceso penal. Y, también, para su efectiva protección.

Para terminar, considero que la Directiva 2012/29 obliga al legislador a dar las razones de su opción. En una materia tan grave como la violencia por género o por relación personal el legislador, desde las reglas más elementales de la transparencia democrática, no puede seguir ocultándose bajo el manto de las razones implícitas, teñidas, algunas, del color de la conveniencia o de la asunción acrítica de discursos de *corrección política* pero con fundamentos axiológicos más que discutibles o, al menos, discutibles.





# Dilemas sobre la apreciación de la idoneidad de la mediación: responsabilidad penal de las personas jurídicas

Juan Alberto Díaz López  
Abogado. Profesor de Derecho penal,  
Universidad Autónoma de Madrid

## I. Una breve introducción a la mediación penal

Sin ánimo de extendernos<sup>1</sup>, con carácter previo a adentrarnos en la hipotética interacción entre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (en adelante, RPPJ) y la mediación, es preciso partir de la raíz del creciente interés por esta última. A tal fin, debemos remontarnos<sup>2</sup> a los estudios realizados en las décadas de los años 60 y 70 del siglo xx por PALUMBO, MUSHEN, HALLET, SINGER y otros antropólogos en los Estados Unidos. Estos autores proponían el establecimiento de mecanismos para la «resolución alternativa de conflictos» (*ADR*, en su acrónimo inglés) en todos los ámbitos de las relaciones humanas. Siendo una de las finalidades del Derecho la resolución de conflictos, este movimiento fue adentrándose paulatinamente en el ordenamiento jurídico-penal. Se asistió de esta manera al nacimiento de la llamada «Justicia restaurativa» o «restauradora» (*Restorative Justice*), como propuesta de solución a la supuesta *crisis del sistema penal*, originada por el carácter retributivo del proceso —preocupado por sancionar al autor del delito (aunque fuese años después de iniciado) e indiferente por alentar la

---

<sup>1</sup> Más ampliamente, *vid. passim* J.A. DÍAZ LÓPEZ: «Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Indret*, n.º 3/2011 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), 50 pp.; y la bibliografía que allí se cita.

<sup>2</sup> Origen rastreado, entre otros, por E. DE URBANO CASTRILLO: «La justicia restaurativa penal», *La Ley Penal*, n.º 73, julio de 2010 (<http://laleydigital.laley.es/>).

participación de la víctima o lograr la pacificación real del conflicto existente entre las partes—.

Conviene señalar que *ADR* y *Restorative Justice* no son sinónimos: la primera persigue llegar a una solución *pactada*, la segunda persigue una solución *justa* en términos restauradores<sup>3</sup>. Este concepto de «Justicia restaurativa» no tiene una definición doctrinal unívoca<sup>4</sup>. Sería, *grosso modo*, un modelo de Justicia centrado en reparar el daño causado por el delito, permitiendo la participación de la víctima en el mecanismo encaminado a tal fin, que tendría por ello naturaleza inclusiva y dialogante, y cuyo fin último sería la precitada reparación del daño así como la rehabilitación del sujeto que lo causó<sup>5</sup>. Como forma de expresión conjunta de la *ADR* y la Justicia restaurativa se alza la mediación penal, que puede conjugar sus objetivos y que ha sido privilegiada en el debate mediático y político-criminal frente a otras manifestaciones de la *ADR*, quizás por la popularización de la mediación misma en otras ramas del Derecho<sup>6</sup>.

La mediación es, a su vez, un mecanismo regido por una serie de principios, entre los que suelen contarse los de voluntariedad, información, gratuidad para las partes, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad (evitando en este sentido que las partes adopten posturas adversariales, e intentando que se encuentren en una situación de igualdad)<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Vid. J. CID MOLINÉ: «Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y Derecho Penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 11, 2007, pp. 151-168 y p. 161, nota 15.

<sup>4</sup> Cuestión íntimamente relacionada con la ausencia de un fundamento unívoco en las diversas posturas que defienden mecanismos de resolución de conflictos de la denominada «tercera vía», vid. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El papel del Derecho Penal en la Segunda Modernidad», en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coordinador), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, 2006, pp. 325-338.

<sup>5</sup> R.B. CORMIER: «Where there's a Will there's a Way: A Canadian perspective on Restorative Justice», en D.J. CORNWELL (coordinador): *Criminal Punishment and Restorative Justice*, Waterside Press, 2006, pp. 149-162.

<sup>6</sup> Sobre la dinámica social conforme a la cual la mediación penal se ha ido introduciendo en el debate mediático y político hasta lograr su paulatina institucionalización, vid. FAGET: *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès, 1997.

<sup>7</sup> Sobre los principios que, con carácter general, rigen la mediación penal, vid. J.C. RÍOS MARTÍN: «Conclusiones del curso «La mediación civil y penal». Dos años de experiencia. 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales», *Estudios de derecho judicial*, n.º 136, 2007, pp. 253-302.; o L.F. GORDILLO SANTANA: *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Iustel, 2007. Esencialmente reproducidos por el artículo 157 del frustrado Anteproyecto de LECrim de 2011: «1. La mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficia-

El necesario respeto al principio de voluntariedad es evidente: la mediación no siempre es posible, porque las partes deben querer mediar como punto de partida necesario para alcanzar un acuerdo. De ahí que la mediación y el proceso judicial estén destinados a coexistir. Sin embargo, ello no implica que se conculque este principio al establecer la comparecencia obligatoria a una primera sesión de mediación (como sucede en algunos ámbitos en Alaska o California).<sup>8</sup>

En cuanto al carácter confidencial de la mediación, se trata de un requisito esencial de la misma, como ya señalara la Recomendación n.º R (99) 19 del Consejo de Europa, sobre mediación en asuntos penales, en su parágrafo 2 («*Discussions in mediation are confidential and may not be used subsequently, except with the agreement of the parties*»). Especialmente, si existe un procedimiento judicial que se está desarrollando paralelamente y que, de no respetarse esta garantía, podría verse *contaminado* por lo que las partes reconocieran en la mediación. No obstante, en Estados Unidos existe una excepción al carácter confidencial de la mediación (civil), en virtud de lo establecido por la Sección 6.ª de la *Uniform Mediation Act*: que la misma se esté utilizando como *tapadera* por parte de sus intervinientes (abusando de su carácter confidencial) para planear o cometer un delito; excepción que sigue siendo bastante controvertida pese al respaldo jurisprudencial existente.<sup>9</sup> Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece como excepciones al principio la renuncia expresa de las partes y la hipótesis de que sea solicitada información sobre la mediación mediante resolución motivada de los jueces del orden jurisdiccional penal<sup>10</sup>. Para la mediación penal, en cualquier caso, no debieran

---

*lidad y confidencialidad. 2. Las partes que se sometan a mediación, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo. 3. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a mediación, pudiendo, en cualquier momento, apartarse de la misma. La negativa de las partes a someterse a mediación, o el abandono de la mediación ya iniciada, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal. 4. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del proceso de mediación. El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo de la mediación hasta que ésta haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación.»*

<sup>8</sup> Vid. C. VILLAGRASA ALCAIDE / A.M. VALL RIUS: «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares», *La Ley*, n.º 3, 2000, pp. 1793-1804.

<sup>9</sup> S.P. DAVIDSSON: «Balancing the Scales of “Confidential” Justice: Civil Mediation Privileges in the Criminal Arena: Indispensable, Impracticable, or Merely Unconstitutional?», *McGeorge Law Review*, vol. XXXVIII, n.º 3, 2007, pp. 679-726.

<sup>10</sup> «1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará

preverse excepciones, más allá de la renuncia expresa de las partes. La Directiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, «*por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI*», añade como posible excepción al principio de confidencialidad —siempre que así lo establezca una ley estatal— que exista un acuciante interés público, como sería que, durante la tramitación de la mediación, el supuesto victimario hubiera ejercido violencia o proferido amenazas contra la víctima<sup>11</sup>. Esos casos en los que el supuesto autor pretendiera instrumentalizar la mediación con tales fines deberían, de todas formas, ser escasos, habida cuenta de la previa evaluación del mediador para decidir someter el caso a mediación.

En síntesis, es esencial en este ámbito que se respete la confidencialidad de la mediación, si es que existiera en paralelo un proceso judicial penal, en salvaguarda del principio de presunción de inocencia y del Derecho a no autoincriminarse de la parte que intervenga como victimario. De otra manera, además, el efecto desincentivador para someterse a la misma podría devenir un obstáculo insalvable. En este sentido, en el acta de mediación no deberían constar reconocimientos de hechos que pudieran perjudicar al supuesto autor y el contenido de las conversaciones mantenidas en las sesiones de mediación no deberían tener acceso al proceso judicial. Desde luego, parece factible que la confidencialidad se respete por parte de la víctima si la mediación es

---

*protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a. Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b. Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.»*

<sup>11</sup> Vid. Considerando (46) —«*Restorative justice processes should, in principle, be confidential, unless agreed otherwise by the parties, or as required by national law due to an overriding public interest. Factors such as threats made or any forms of violence committed during the process may be considered as requiring disclosure in the public interest.*»— y artículo 12.(e) —«*discussions in restorative justice processes that are not conducted in public are confidential and are not subsequently disclosed, except with the agreement of the parties or as required by national law due to an overriding public interest.*»— de la Directiva.

satisfactoria, pero pueden surgir problemas en la práctica derivados de una mediación fallida.

Una vez presentada la mediación penal, no es ocioso matizar sucintamente las afirmaciones relativas al carácter retributivo del proceso, que en este ámbito suelen ser invocadas con asiduidad. La aseveración de que la «Justicia restaurativa» es un modelo opuesto al de la «Justicia retributiva» proviene de una intensa discusión teórica en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona, y no deberían ser extrapolados estos términos a nuestro ordenamiento sin atender al contexto en el que fueron formulados. No debemos olvidar que, en muchos países, la participación de la víctima en el proceso, siquiera como acusador particular, resulta extraña<sup>12</sup>. De ahí que lo que por *retributivismo* (o retribucionismo) entiende la doctrina de otros lares quizás no se entendiera igual aquí. En cualquier caso: los defensores de la Justicia retributiva entienden que la víctima no debe tomar parte en el proceso penal, para evitar que prime más la venganza que el *justo castigo* al delincuente (en otras palabras, la *retribución*). Esta perspectiva retributiva de la Justicia sostiene que un modelo que permitiera la intervención activa de la víctima en el proceso, entrañaría el riesgo de que para satisfacer sus pretensiones vindicativas se alcanzaran soluciones injustas (como la de restituir a la víctima hasta que ésta se sintiera satisfecha, lo cual sería propio de un modelo de «Justicia correctiva»). Otro riesgo, en sentido contrario, sería que la víctima perdonase al autor de un delito muy grave y que por ello se le eximiera de responsabilidad. La Justicia retributiva sostiene que en esos casos es irrelevante la opinión de la víctima que concretamente sufrió el delito (*token victim*). Las ventajas de esta concepción retributiva de la Justicia son evidentes, aunque puede pecar de extremista al obviar cualquier participación de la víctima en el proceso, considerando a lo sumo el papel que puede desempeñar una víctima ideal (*ideal victim*, inspirada en el buen *pater familias*), que no perdonaría al delincuente en ningún caso, lo cual ha sido criticado<sup>13</sup>. Ahí entra en juego el modelo restaurador de Justicia del cual nace la mediación penal, que fomenta la participación de la posible víctima, abogando por reparar directamente el conflicto entre las partes con mecanismos que eviten, en la medida de lo posible, la intervención del *ius puniendi* estatal. A este respecto, otra virtud de la Justicia restaurativa

---

<sup>12</sup> Vid. la exposición de M. CANCIO MELIÀ: «Bürgerpartizipation und Anklageparteien im spanischen Strafverfahren», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2012, pp. 246-252.

<sup>13</sup> L. ZAIBERT: «The Ideal Victim», *Pace Law Review*, vol. XXVIII, n.º 4, verano de 2008, pp. 885-903.

sería que contrariamente a otras doctrinas<sup>14</sup> que también defienden una mayor inclusión de la víctima en el sistema de justicia penal, sorteando el peligro de que se impongan al autor, por la fuerza y sin mayor razón de ser que las necesidades particulares de la víctima en cuestión, sus pretensiones vindicativas.

En definitiva, no deben obviarse las virtudes de la Justicia retributiva. Tampoco debe entenderse que nuestro ordenamiento es un modelo *retributivista* puro, por mucho que el desarrollo de la mediación penal pueda coadyuvar a su mejora. Cierto es que a favor de la mediación existen razones de orden político-criminal como la supuesta crisis de la pena de prisión (por su incapacidad de rehabilitar al delincuente), o derivadas de la ciencia criminológica y la importancia creciente de la victimología. Concretamente, la mediación podría servir para evitar los diferentes grados de victimización que padece el perjudicado por un delito, y que además de la llamada victimización primaria —la resultante del crimen—, incluirían la secundaria —los daños originados por el propio sistema penal, principalmente por los mecanismos procesales, que olvidan muchas veces a la víctima—, terciaria —la que se produce por la relación de la víctima con otras instituciones sociales, como hospitales o escuelas— o incluso cuaternaria —el efecto estigmatizante que pueden ejercer sobre la víctima los medios de comunicación—. Sin embargo, ello no es óbice para que tanto la mediación penal en particular como la justicia restaurativa en general hayan sido objeto de críticas.<sup>15</sup>

Por todo lo anterior, considero plenamente factible entender que la mediación penal puede constituir un «equivalente funcional»<sup>16</sup> a la imposición de una pena y/o servir de complemento al proceso (según

---

<sup>14</sup> Vid. la brillante exposición de J.M. SILVA SÁNCHEZ: «Doctrines regarding «the fight against impunity» and the «victim's right for the perpetrator to be punished»», *Pace Law Review*, Vol. XXVIII, n.º 4, verano de 2008, pp. 865-884.

<sup>15</sup> Vid. al respecto, *passim*, E. BACA BALDOMERO/E. ECHEBURÚA ODRIÓZOLA/J.M. TAMARIT SUMALLA (coordinadores), *Manual de victimología*, Tirant Lo Blanch, 2006.

<sup>16</sup> Hace unos años, ROXIN afirmaba que «*sin demasiados grandes riesgos puede pronosticarse un incremento de las formas de terminación informal en el ámbito de las ya mencionadas alternativas*» («Informe Final», en L. ARROYO ZAPATERO/U. NEUMANN/A. NIETO MARTÍN: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, UCLM, 2003, pp. 317-328.), manteniendo igualmente que «*si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuente y víctima, se le exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución de tratamiento*» (EL MISMO: «La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones», en AUTORES VARIOS: *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania*, CGPJ, 1991, pp. 19-30).

los casos). Conviene clarificar que la mediación encuentra cabida en el sistema penal en tanto que *alternativa parcial* al proceso judicial, al ser inasumibles sus costes entendida como *alternativa global*. Quiere esto decir que pueden contemplarse las virtudes de la mediación penal sin necesidad de abogar por el contraproducente abolicionismo del proceso judicial<sup>17</sup>. Por lo tanto, no es indispensable que, para plantear utilidades de la mediación, tengamos que recurrir a ejemplos que la excluyan totalmente o eviten la iniciación del proceso judicial. Una cosa es la mediación y otra el proceso: aunque la conclusión satisfactoria de una mediación no tuviera reflejo alguno en el proceso, ciertamente podrían derivarse consecuencias positivas de la mediación por sus propias virtudes (una revalorización personal de las partes, el fin del conflicto, etc.). Lo que ocurre es que, dado que el sometimiento a una mediación es voluntario, es lógico presuponer que el supuesto responsable requerirá alguna clase de incentivo para que se decida a participar en ella. Conforme a nuestra legislación vigente, los ejemplos en los que concurrirán estos incentivos no son abundantes, a la espera de que se concrete el proyecto de nueva LECrim.

## II. El panorama legislativo actual

Los ya expuestos postulados de la Justicia restaurativa comenzaron a ser llevados a la práctica en la década de 1980 en Australia y Nueva Zelanda, hasta que irrumpieron en Europa (inicialmente en Austria, Noruega, Finlandia y Reino Unido)<sup>18</sup>. Habría que esperar a la llegada del siglo XXI para alcanzar el hito que marca su reconocimiento como mecanismo de resolución de conflictos plenamente admitido a nivel comunitario: la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Esta Decisión establece, en su artículo 10, que «*los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*» y que «*velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que*

---

<sup>17</sup> En este sentido, E. PEÑARANDA RAMOS, «La pena: Nociones Generales», en J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ (coordinador), *Introducción al Derecho Penal*, Civitas, 2011, pp. 221-260.

<sup>18</sup> A. MESTITZ: «A comparative perspective on victim-offender mediation with youth offenders throughout Europe», en A. MESTITZ/GHETTI (editoras): *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An overview and comparison of 15 countries*, Springer, 2005, pp. 3-22.

se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales», definiendo a tales efectos la mediación penal en su artículo 1.e) como «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.» En fechas más recientes, mediante la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 «sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales»<sup>19</sup>, fue aprobado como objetivo «fomentar el recurso a la justicia reparadora y a modalidades alternativas de solución de conflictos» en los Estados miembros. Esta iniciativa se unió a la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 18 de mayo de 2011, cuyo objetivo era precisamente «revisar y completar los principios que establece la Decisión Marco» 2001/220/JAI. El texto definitivo de la Directiva 2012/29/JE, de 25 de octubre de 2012, «por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI», sería finalmente aprobado por el Consejo el 4 de octubre de 2012.

La Directiva afirma que los mecanismos restaurativos, entre los que cita expresamente la mediación penal, son de gran utilidad para las víctimas; ofreciendo igualmente una definición de «justicia restaurativa»<sup>20</sup> en su artículo 2.1.(d) —más bien consistente en una definición de ADR—: «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial». También consagra en su artículo 12 diversos principios esenciales de la Justicia restaurativa (*ergo*, de la mediación penal: información, voluntariedad o confidencialidad), pero no puede considerarse como una regulación completa del mecanismo. Tal y como sucedía con la Decisión Marco 2001/220/JAI, sigue siendo necesario sistematizar la mediación penal por parte de la legislación de los Estados miembros; y a nivel estatal, desgraciadamente, no disponemos todavía de una ley que regule la mediación penal ni de un estatuto del mediador penal<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 28 de junio de 2011.

<sup>20</sup> En la versión oficial en inglés de la Directiva, el término que se emplea es el de «*restorative justice*». Sorprendentemente, en la traducción oficial al castellano se ha optado por el término «justicia reparadora», en lugar de «restauradora» o «restaurativa», traducción que, probablemente, hubiera sido más acertada.

<sup>21</sup> Sí se han ido concretando iniciativas no estatales, como la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BOE n.º 99, de 26 de abril de 2011: «Artículo 43. Efectos de los acuerdos adoptados durante la mediación



Ahora bien, debemos insistir en que, aunque la mediación penal de adultos en nuestro ordenamiento se haya cimentado durante años en esa Decisión Marco 2001/220/JAI, ello no impidió que *existiera*. Especialmente, tras el notable vuelco sufrido en el panorama jurídico comunitario tras la conocida STJCE relativa al caso *Pupino* (asunto C-105-03, de 16 de junio de 2005), que conmina a los jueces nacionales a interpretar su Derecho nacional de conformidad con las disposiciones contenidas por las Decisiones Marco, siempre que esta interpretación no sea *contra legem*. No debe por ende extrañarnos que en el Informe Final del Proyecto AGIS (JLS/2006/AGIS/147), financiado por la Comisión Europea, se afirmara que aunque en nuestro ordenamiento no estuviera específicamente regulada la mediación penal, existían ciertas «puertas de acceso» (*entry doors*) en el Código penal que permitían (y permitieron) su desarrollo en la práctica.

Este desarrollo se produjo a pesar de que la primera mención a la mediación penal por parte de nuestra legislación estatal fuera para (aparentemente<sup>22</sup>) prohibirla. En efecto, el artículo 87 ter.5 LOPJ establece que en todos los supuestos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer «*está vedada la mediación*». A contrario, puesto que ninguna ley lo prohíbe expresamente, debe interpretarse que en principio cualquier otra infracción penal es susceptible de ser objeto de mediación, conclusión coherente ya que el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las partes que de la gravedad del delito considerado en abstracto.

No obstante, aunque la gravedad del delito no implique que deba ser excluida tajantemente la posibilidad de mediar, debe respetarse la exigencia de que exista igualdad entre las partes. La mediación quedaría desvirtuada si, como consecuencia de un *status* de supremacía, una de ellas consiguiera imponer sus condiciones a la otra: no se resolvería el conflicto, se generarían ánimos revanchistas en quien padeció la imposición, y no existiría en puridad una solución libremente pactada. La idea nuclear que aquí sostendremos es que *el estudio del caso concreto es lo que debe determinar si es posible mediar, más allá del*

---

[...] 3. *Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas.*»

<sup>22</sup> *Vid.* la interesante propuesta de interpretación sistemática según la cual la prohibición de mediación del artículo 87 ter.5 LOPJ se referiría únicamente a la mediación civil (por las atribuciones en materia de Derecho de familia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer), y no a la mediación penal (J.L. RODRÍGUEZ LAÍNZ: «Mediación Penal y violencia de género», *Diario La Ley*, año XXXII, n.º 7557, 28 de enero de 2011, pp. 1-7).

*supuesto delito que indiciariamente se hubiera cometido*. El Tribunal Supremo parece compartir esta postura, habiendo admitido mediaciones en delitos suficientemente graves, como un homicidio intentado<sup>23</sup>. Esta lógica es, además, coherente con la interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI efectuada por la STJUE de 21 de octubre de 2010, Sala 2.<sup>a</sup>, caso *Eredics*, asunto C-205/09, que deja plena libertad a los distintos legisladores nacionales para considerar qué delitos pueden ser sometidos a una mediación.<sup>24</sup>

En síntesis, podemos afirmar que la mediación penal es apriorísticamente posible —siempre que no esté expresamente excluida por Ley— respecto de cualquier tipo de delitos, independientemente de la gravedad formal que atribuya el Código al delito en cuestión. Pero, sin perjuicio de lo anterior, sí que resulta esencial valorar diversas cuestiones del supuesto de hecho concreto para concluir que una mediación es posible. Decidir si un caso particular reviste potencial para la práctica de una mediación (*mediation potential*) es un arte, no una ciencia; y también lo es decidir si la mediación será directa o indirecta, así como el contenido de cada una de las fases o demás cuestiones que sólo el estudio del caso concreto podrá dilucidar<sup>25</sup>. Llegamos así a la antesala de los dilemas para la apreciación de la idoneidad de la mediación: puede que existan consideraciones de índole diversa que aconsejen descartar el recurso a este mecanismo en algunos supuestos. Cuando nos encontremos ante un delito cuyo bien jurídico protegido sea de titularidad estatal, *puede* que la situación de desigualdad entre las partes desaconseje su práctica. Análoga situación podría plantearse en supuestos en los que el odio existente entre las partes anticipara la inviabilidad de mediar (piénsese en los llamados crímenes de odio: delitos motivados por el prejuicio del autor hacia una condición personal de la víctima). A continuación, nos ceñiremos a una hipótesis concreta:

---

<sup>23</sup> Vid. STS de 29 de enero de 2008 reseñada por A. MARTÍNEZ ARRIETA: «La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal», en J.L. SEGOVIA BERNABÉ *et al.*: *Mediación Penal y Penitenciaria: 10 años de camino*, Fundación Ágape, 2010, pp. 57-101.

<sup>24</sup> Siguiendo esta lógica, la STJUE, Sala 4.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, señaló que los legisladores estatales pueden excluir la práctica de la mediación respecto de determinados delitos, siempre que lo justifiquen con criterios objetivos, consagrando así la exclusión de los de violencia de género existente en nuestro ordenamiento: «el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco permite a los Estados miembros excluir la mediación en todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito familiar, como establece el artículo 87 ter, apartado 5, de la LOPJ».

<sup>25</sup> Sobre estas cuestiones, desde un punto de vista práctico, puede consultarse UMBREIT: *The Handbook for Victim-Offender Mediation. An essential Guide to Practice and Research*, 2001, pp. 425 y ss.

la mediación como mecanismo para resolver conflictos generados por delitos que prevean la RPPJ.

### III. Personas jurídicas participantes en una mediación penal

De entre los múltiples dilemas generales que el posible recurso a la mediación penal plantea, uno de los más novedosos en nuestro ordenamiento se encuentra vinculado a la RPPJ. Como es sabido, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de Junio, entre otras cuestiones, instauró en nuestro ordenamiento la RPPJ<sup>26</sup>, mediante una regulación que parece reunir aspectos de los dos modelos tradicionales de atribución de responsabilidad penal a las mismas: el modelo de responsabilidad por transferencia del hecho cometido por una persona física situada en una posición jerárquicamente importante de su entramado organizativo (*Zurechnungsmodell*), y el modelo de responsabilidad por la imputación de hechos propios (modelo de la *originäre Verbandshaftung*)<sup>27</sup>. Por el momento, al margen de la Circular de 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, del primer Auto procesando a personas jurídicas (dictado el 11 de octubre de 2011 por el Juzgado Central de Instrucción n.º 6) y, especialmente, de los aportes doctrinales anteriores y posteriores a la reforma, no conocemos aún su verdadero alcance.<sup>28</sup> Sí podemos afir-

---

<sup>26</sup> Sobre la actual regulación de la RPPJ en nuestro ordenamiento, esencial M. BAJO FERNÁNDEZ / B. FEJOO SÁNCHEZ / C. GÓMEZ-JARA DÍEZ: *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas, 2012.

<sup>27</sup> Retomando la terminología de HEINE, *vid.* J.M. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», *Diario La Ley*, año XXXI, n.º 7.464, 9 de septiembre de 2010 (<http://laleydigital.laley.es/>)

<sup>28</sup> A los efectos que nos ocupan, recordaremos la literalidad del artículo 31 bis CP: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aqué-

mar, por el contrario, que las imputaciones de personas jurídicas están produciéndose cada vez con mayor frecuencia en el proceso judicial penal, con el consiguiente daño reputacional que ello implica (*ergo*, con la consiguiente voluntad de algunas personas jurídicas de tratar de solucionar por vías ajenas a ese proceso el conflicto en cuya génesis, indiciariamente, han podido participar).

En aras de un correcto análisis de la idoneidad de la mediación en estos casos, es preciso comenzar evaluando la *participación misma* de la persona jurídica en una mediación penal. No necesariamente como autor, sino también como víctima. Es decir: valorar una posibilidad ya existente en nuestro ordenamiento con anterioridad a la consagración del principio *societas delinquere potest*. Sólo admitiendo la hipótesis genérica de que *participen* las personas jurídicas en mediaciones, podremos plantear la viabilidad de que lo hagan en calidad de supuestos autores.

Pudiera extrañar que una persona jurídica participe en una mediación penal, aunque no parece que existan argumentos definitivos que aconsejen su exclusión de este ámbito. Si el objetivo de la mediación

---

*llos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»*

es resolver un conflicto existente entre dos partes (en otras palabras, alcanzar un acuerdo satisfactorio) y mejorar las relaciones entre ellas (por ejemplo, entre un trabajador y su empresa), no parece que exista inconveniente en admitir la participación de personas jurídicas en mediaciones. Los problemas surgen si entendemos que el verdadero objetivo de toda mediación trasciende estos extremos, y que se encontraría en una revalorización de la propia eficacia personal y en un reconocimiento y aceptación de la parte contraria. Esto es: en cuestiones donde entraría en juego la capacidad de empatía, sólo predicable de la persona física. No obstante, el hecho de que la persona jurídica no se beneficiara de esa utilidad trascendente de la mediación penal, no significa que su contraparte persona física no pudiera hacerlo.

Por otro lado, también es conveniente analizar alguna consecuencia de la participación de personas jurídicas en este ámbito desde la óptica del mediador. Entre las funciones de este profesional se encuentran las de atender a la capacidad intelectual, la personalidad o el grado de socialización de las partes, a la hora de decidir incluso el «potencial de mediación» (*mediation potential*) de un determinado asunto. Por lo tanto, es preciso hallar una noción equivalente, para la persona jurídica, a la evaluación psicológica de la persona física o a su actitud favorable para someterse a una mediación.

Una propuesta sería que el mediador valorase si la persona jurídica reúne o está en visos de reunir las características de un «buen ciudadano corporativo». Este término contiene dos tipos de significados: uno más formal referido al cumplimiento de la legalidad (un buen ciudadano corporativo es aquél que cumple con la legalidad); y otro más material referido a una dimensión de participación en el discurso público. Resumiendo esta cuestión: en la medida en la que las empresas pueden cuestionar determinadas normas mediante el ejercicio de su libertad de expresión (*corporate free speech*), resulta legítimo castigarlas cuando proceden a dicho cuestionamiento mediante la creación de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, que deriva en la comisión de hechos delictivos. Pues bien, si una persona jurídica no hubiera creado una cultura de incumplimiento *sistemático* de la legalidad, podría valorarse ello como un factor favorable para que ese sujeto —persona jurídica— participara en una mediación.

Abandonando los dilemas teóricos y ciñéndonos a las experiencias llevadas a cabo por diversos Juzgados de nuestra geografía, ha sido bastante común que comparecieran en procedimientos de mediación personas jurídicas como posibles víctimas de un delito, a través de su representante legal. En relación a esta práctica, debemos señalar que el TJUE, en la precitada Sentencia de 21 de octubre de 2010, Sala 2.<sup>a</sup>,

caso *Eredics*, asunto C-205/09, ha matizado que la interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI permite que las personas jurídicas se consideren víctimas a efectos de participar en una mediación («la Decisión marco ni impide ni obliga a los Estados miembros a aplicar lo en ella dispuesto también en los casos en que la víctima sea una persona jurídica»). De hecho, así se ha venido considerando en nuestro ordenamiento: por ejemplo, en la experiencia piloto de Cataluña, un 24,3% de quienes participaron como víctimas en mediaciones penales eran personas jurídicas.<sup>29</sup>

Una vez solventada esta cuestión, persiste la duda de que participen personas jurídicas en una mediación penal cuando, en lugar de como víctimas, lo hacen en calidad de sujetos responsables.

Conviene efectuar a este respecto un breve paréntesis. La mediación penal no se ocupa de *delitos*: es ante todo un medio para resolver *conflictos*. Para lograr un acuerdo satisfactorio en una mediación (esto es: para resolver el conflicto), pueden participar tantas personas como el mediador considere oportuno. Dicho sea con otras palabras: no solamente han de intervenir víctima y autor; sino que también puede ser de utilidad que alguna sesión se realice, por ejemplo, en presencia de sus familiares. A los efectos que nos ocupan, nada impide (ni impedía) que participara en una mediación penal el representante legal de una persona jurídica, en tanto que posible *responsable civil subsidiaria* ex artículo 120 CP. De hecho, aunque el delito lo hubiera cometido una persona física al margen de la normal actividad de su empresa, es posible que para la víctima el conflicto no se reduzca a la comisión del delito, sino que también radique en el hecho de haber visto, de alguna manera, quebrada su confianza en un medio de comunicación o en un comercio por el que hasta entonces sentía gran respeto. Puede que sea importante para resolver ese conflicto la participación del responsable civil subsidiario, que desde luego puede ser una persona jurídica. Lo que hasta hace bien poco no podía plantearse es que lo hiciera en tanto que responsable *penal*.

No cabe duda de que, con la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de Junio, las cosas cambiaron. Pues bien, en ordenamientos de nuestro entorno donde también rige la RPPJ y se encuentra específicamente regulada la mediación penal, como es el caso de Francia<sup>30</sup>, se

<sup>29</sup> A. GUIMERA I GALIANA: «La Mediación-Reparación en el Derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 3/2005 (<http://www.criminologia.net/reic.php>), p. 9.

<sup>30</sup> Vid. B. BURG: «La gestion du risque pénal au sein de l'entreprise en droit de l'environnement», *Annales des Mines*, abril de 2003, pp. 19-24.

ha admitido la posibilidad de que se produzcan mediaciones penales en las que intervenga una persona jurídica como supuesto autor, por lo que parece viable plantear en nuestro ordenamiento la posibilidad de su participación en este ámbito.

No existe, *a maiore*, ninguna norma que lo impida o lo impidiera: como hemos dicho, apriorísticamente, cabe la mediación penal respecto de cualquier delito, con independencia de la gravedad formal que le confiera el Código. Partiendo de esta premisa, podemos salvar un hipotético dilema, derivado del artículo 33.7 CP. Conforme a este precepto, todas las penas a imponer a la persona jurídica serían graves, y por ello también graves todos los delitos cometidos por la persona jurídica (artículo 13.1 CP). Si entendiéramos que la mediación sólo es aconsejable para delitos «menos graves», ello excluiría la participación del supuesto autor persona jurídica en mediaciones penales. Sin embargo, adoptando un criterio flexible que atienda al potencial de mediación del caso concreto a la hora de determinar si una persona (física o jurídica) está en condiciones de someterse a una mediación penal, más allá del supuesto delito que indiciariamente se hubiera cometido, podemos afirmar que no existe impedimento formal alguno para la práctica de la mediación en el ámbito de la RPPJ.

Sin perjuicio de lo anterior, la ausencia de impedimentos formales no implica que existan habilitaciones expresas. Una vez asumida la viabilidad de la participación en una mediación de personas jurídicas como supuestos responsables penales, resta por ver cómo puede articularse la mediación penal de forma útil para solventar conflictos de los que pudiera derivar una indiciaria RPPJ.

#### IV. RPPJ y posibilidades para mediar, de *lege data*

Como ya hemos referido, la endémica ausencia de ley estatal reguladora de la mediación penal en nuestro ordenamiento fue paliada, en la práctica, a través de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Amparándose en la precitada Decisión Marco, como señalara en su Memoria del año 2010 la Fiscalía General del Estado, la mediación penal se ha desarrollado en nuestro ordenamiento gracias al empeño personal de los que trabajan en ella (de forma destacada, gracias a iniciativas del CGPJ). Analizaremos ahora alguna de las más evidentes utilidades que para la RPPJ podrían plantearse conforme a las «puertas de acceso» previstas por nuestra legislación vigente.

## 1. Reparación del daño

Como recogía la SAP de Bizkaia n.º 75/1998, de 14 de julio, Ilmo. Sr. D. José María Lidón Corbi: «*actualmente priman en refrendo de las atenuantes de reconocimiento del hecho y de reparación de sus efectos, consideraciones de política criminal que gozan de adhesión y acogimiento generalizados. Todo cuanto favorezca y estimule la solución de la problemática esclarecedora y de justicia material, inherente a la producción del delito, debe tener adecuado reflejo en la normativa penal. Razones pragmáticas, incidentes en la doble vertiente pública y privada, aparecen como suficientes para la justificación de estas circunstancias atenuatorias*». Siendo así, no debiera extrañar que pueda plantearse la utilidad de una mediación penal de adultos como cauce para la aplicación de alguna de esas atenuantes, habida cuenta de que los principios rectores de la Justicia restaurativa se encuentran en consonancia con esas consideraciones político-criminales. Y, por el mismo motivo, cabe plantearse en idénticos términos la utilidad de la mediación en este terreno cuando de RPPJ estamos hablando.

Ante todo, conviene diferenciar las nociones de confesión y de reparación del daño, que a su vez son dos distintas atenuantes del artículo 31 bis.4 CP. Puede que la persona jurídica decida participar en una mediación para reparar el daño causado por un delito, sin que ello suponga que reconozca ser penalmente responsable de ese delito. Puede que sólo fuera responsable civil subsidiaria, y tras la mediación abone una suma a la víctima. Incluso puede que lo haga para evitar daños reputacionales o como muestra de solidaridad para con ella, sin que por ello pueda ser considerada responsable civil (ni penal). En todos esos casos, la mediación serviría como mecanismo de apoyo a la víctima, pero no necesariamente se atenuaría la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sencillamente, porque el hecho de efectuar una reparación no tendría que implicar que fuera responsable. Ahora bien, si se le estuviera indiciariamente exigiendo responsabilidad penal, no cabe duda que la persona jurídica podría participar en una mediación con el fin de atenuarla. La opción más evidente consistiría en intentar por esta vía la aplicación de la atenuante de reparación del daño —artículo 31 bis.4.c)—, y en ella nos centraremos a efectos positivos.

En la práctica, una de las «puertas de acceso» de la mediación penal con adultos ha sido la atenuante de reparación del daño. Como señala la SAP de Gipuzkoa n.º 157/2010, de 16 de marzo, Ilmo. Sr. D. Iñaki Subijana Zunzunegui, la realización satisfactoria de una mediación penal de adultos «*tendría cabida en la atenuante de análoga significación a las legalmente contempladas por actitudes postdelictuales*



que ratifican la vigencia de la norma penal por reparación del daño o arrepentimiento —artículos 21.4, 5 y 6 del Código Penal—. Por tanto, lógico parece afirmar que, a la vista del nuevo artículo 31 bis.4.c) CP (que debería interpretarse conforme a los mismos criterios que el artículo 21.5.<sup>ª</sup> CP), también podrá articularse una mediación entre posibles víctima y persona jurídica responsable para que a esta última le fuese aplicada esta circunstancia.

Ya anticipaba la doctrina que el artículo 31 bis.4.c) CP abre nuevas posibilidades transaccionales entre los representantes legales de las personas jurídicas involucradas y los perjudicados por el delito, que podrían llegar a tener un amplio efecto atenuatorio para las primeras<sup>31</sup>. Sin duda, una de estas «posibilidades transaccionales» puede ser la mediación penal y, en este sentido, es coherente augurar cierta proliferación casuística de mediaciones penales que persigan la aplicación de esta circunstancia atenuante.

Como aspectos menos sugerentes de esta posible instrumentalización de la mediación penal, el primero es que no servirá como alternativa funcional al proceso judicial, sino que únicamente lo complementará, en tanto que vía para lograr la atenuación de la RPPJ. Pero el mayor dilema que plantea la mediación penal en estos casos es que permite que entre en juego «el lado oscuro de la autorregulación»<sup>32</sup>: esto es, actuaciones de la persona jurídica en su afán de colaboración que supondrían una merma de los derechos de Defensa de la persona física.

Supongamos que deciden someterse a una mediación penal la posible víctima y el hipotético autor persona jurídica, pero no el supuesto autor persona física. En el transcurso de esa mediación, la persona jurídica repara el daño causado en su integridad, y se le aplica eventualmente la atenuante del artículo 31 bis.4.c) CP. Al supuesto autor persona física, sin embargo, se le priva ya de esta posibilidad (no puede reparar lo que ya ha sido reparado), y posiblemente no le sea de aplicación una atenuante de la cual sí se ha beneficiado la persona jurídica. Es decir: se habrán derivado consecuencias negativas para el supuesto autor persona física por no participar en la mediación, con lo que el

---

<sup>31</sup> B. FEIJOO SÁNCHEZ: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coordinador): *Estudios sobre la reforma del Código Penal*, Civitas, 2011, pp. 131 y ss.

<sup>32</sup> C. GÓMEZ-JARA DÍEZ: «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los compliance programs y la colaboración con la administración de justicia», en AA.VV.: *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, n.º 6, Universidad de Deusto, 2009, pp. 274 y ss.

principio de voluntariedad que rige este mecanismo queda en entredicho. Aunque nada obsta para que se produzcan reparaciones de la persona jurídica sin contar con la intervención (o el «beneplácito») del supuesto autor persona física, hacerlo a través de una mediación penal parece que podría desvirtuar en exceso los principios que rigen el mecanismo. Este inconveniente, como es obvio, podría ser subsanado por la vía de futuras reformas legislativas.

De todas formas, al margen de que la mediación pueda servir de cauce para la apreciación de esta circunstancia atenuante, evidentemente no es necesario que exista mediación para que se aplique el artículo 31 bis.4.c) CP. El Tribunal Supremo, en este sentido, ya señaló que «*la mera solicitud de mediación penal por parte del acusado ante la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal, no constituye la atenuante prevista en el art. 21.5 CP*» (ATS, Sala 2.<sup>a</sup>, n.º 1991/2009, de 7 de septiembre, Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer), e incluso que la «*participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación*» (STS, Sala 2.<sup>a</sup>, n.º 1006/2006, de 20 de octubre, Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano). Lo importante para apreciar la atenuante es que en la mediación se produzca la reparación por parte de la persona jurídica, lo cual puede también tener lugar *ad extra* de la misma.

Sin embargo, existe otro argumento que hace que, a pesar de los dilemas expuestos, se antoje atractivo para la persona jurídica el hecho de participar en una mediación con el fin de reparar a la víctima. Ciertamente, esa reparación (a efectos de aplicación de la circunstancia atenuante) puede efectuarse sin necesidad de contacto alguno con la víctima. Pero si el cauce escogido es la mediación, la persona jurídica estaría demostrando un particular afán reparador. Y a efectos de condena, al margen de que pudiera o no aplicarse la atenuante, podría tener un reflejo en la *clase y duración de la pena* a imponerle.

Efectivamente, el catálogo de penas a aplicar a la persona jurídica, recogido en el artículo 33.7 CP, es amplísimo; al igual que la discrecionalidad a la hora de fijar su duración.<sup>33</sup> Los preceptos del Libro II que

---

<sup>33</sup> «a. Multa por cuotas o proporcional. b. Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e. Prohibición de realizar en el futuro las

prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas condicionan la imposición adicional de las penas previstas en las letras b) a g) y la extensión de las mismas a los criterios del artículo 66 bis CP.<sup>34</sup>

Pues bien, entre estos criterios se encuentra «*su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*». Así las cosas, si una persona jurídica ha procedido a iniciar un proceso de mediación, puede no ser oportuno adicionar ninguna de esas sanciones. En el peor de los casos, su extensión podría verse limitada a un mínimo: intuitivamente, no parece que esa persona jurídica, que quería reparar a la víctima, pretenda continuar con su actividad delictiva. Si la mediación ha sido satisfactoria, desde luego parece que ha puesto fin a muchos de los efectos de su conducta. Desde esta perspectiva, al margen de la aplicación de una circunstancia atenuante, la mediación penal se presenta como un cauce ideal para que la persona jurídica obtenga beneficios penológicos.

---

*actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.»*

<sup>34</sup> «*En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1. En los supuestos en los que vengán establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a. Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b. Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a. Que la persona jurídica sea reincidente. b. Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a. Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66. b. Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.»*

De todas formas, planteada la mediación en términos de incentivos para que la persona jurídica victimaria se someta a ella, menores problemas irrogan otros ejemplos en los que, conforme a la legislación vigente, la mediación sí podría funcionar como una verdadera alternativa al proceso judicial.

## 2. Delitos «semi-privados» y conflictos *intra* empresariales

Como es sabido, en la práctica, no se suele recurrir al proceso judicial para solventar conflictos *intra empresariales* derivados de la comisión de un posible delito. Entre otras cuestiones, porque los directivos pretenden evitar la publicidad del caso que conllevaría la interposición de una denuncia y quieren controlar el alcance de la investigación. Por su parte, la posible víctima, si es un trabajador, intentará evitar por todos los medios la interposición de una denuncia debido al «instinto de conservación del puesto de trabajo». De ahí que no proliferen denuncias en este ámbito, y que se produzca una huida hacia la privatización del conflicto, hacia la búsqueda de otros cauces que no tengan para la empresa un efecto multiplicador de las consecuencias del supuesto delito.<sup>35</sup> Pudiera parecer que el Derecho penal ha fracasado por estos motivos en su intento de prevenir los delitos cometidos en el seno de la empresa, cuando lo cierto es que, si se admitiera que existe un fracaso, lo sería del proceso penal. La mediación penal sí podría resolver el conflicto y prevenir conflictos futuros de forma satisfactoria. Todo ello, sin privatizar la resolución del conflicto, al tratarse de un mecanismo autocompositivo.

En la propuesta que para la práctica de la mediación penal efectuaremos, cobra una especial relevancia el papel de la persona jurídica como parte interesada en la mediación, al proponer y facilitar a la posible víctima el acceso a la misma y al alentar igualmente la participación del supuesto autor persona física. Esta implicación de la empresa fomentando la mediación no sólo serviría para evitar la imposición de pena o incluso la sustanciación del proceso penal. Además, resolvería conflictos entre socios y trabajadores, que suelen ser perjudiciales para

---

<sup>35</sup> Más ampliamente, *vid. passim* J.R. AGUSTINA SANLLEHI: *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, La Ley, 2009; EL MISMO: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, 2010; y EL MISMO: «Prevención del delito en la empresa: Límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia», en J.R. AGUSTINA SANLLEHI (director): *Tendencias en prevención del delito y sus límites*, B de F, 2010, pp. 89-172.

las actividades del comercio y, si se agravan, pueden destruir valiosas relaciones y provocar interminables luchas sin cuartel. En estos casos, al tratarse víctima y autor persona física de sujetos que trabajan juntos y al servicio del autor persona jurídica, a la empresa no sólo le interesará que este tipo de conflictos no generen su responsabilidad penal o la de uno de sus trabajadores, administradores o representantes legales. También le importará que se *solucione* realmente el conflicto, logrando la normalización y la paz social en el seno de la empresa; *conditio sine qua non* para su óptimo funcionamiento. Un objetivo al cual contribuye la mediación y no tanto la sustanciación de un proceso judicial largo y costoso. Incluso desde el punto de vista psicológico, la mediación puede ser una espléndida herramienta para ir más allá de la resolución de un conflicto puntual y prevenir futuras tensiones creadas en los equipos de trabajo.

En este sentido, parece interesante el supuesto específico de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En efecto, en estos delitos se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 197.3 CP<sup>36</sup>), pero además es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (artículo 201.1 CP, siempre que el delito no afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas) y el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal (artículo 201.3 CP en relación con el artículo 130.1.5.º CP)<sup>37</sup>.

La principal ventaja del recurso a la mediación en este caso reside en que se trata de uno de los denominados «delitos semi-privados», en los que la denuncia del perjudicado es necesaria para su persecución penal y en los que incluso cabe el perdón del ofendido. La llamada *expansión del Derecho penal*<sup>38</sup> ha dado lugar a un mayor distancia-

---

<sup>36</sup> «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.»

<sup>37</sup> «1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. 3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130.»

<sup>38</sup> Sobre este fenómeno, esencial J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª edición, B de F, 2011.

miento entre lo abstractamente punible y lo efectivamente penado, y frente a este fenómeno las técnicas de tratamiento de los conflictos penales se administrativizan y se privatizan dando lugar a técnicas selectivas de persecución. Se trata de «técnicas deflacionarias» de la hipertrofia penal que pretenden evitar ya no sólo un exceso de sentencias condenatorias, sino también un número desmesurado de procedimientos penales. Entre ellas se contarían las particularidades de estos delitos y faltas<sup>39</sup> llamados privados y semi-privados, que tradicionalmente han estado vinculados a la evitación de la victimización secundaria, a la economía procesal ligada a la escasa entidad de los hechos o a procesos graduales de despenalización. En el supuesto específico del descubrimiento y revelación de secretos, esta restricción del *ius perseguendi* podría encontrar su fundamento, además y en algunos casos, en el hecho de que el titular del bien jurídico protegido preferirá no perseguir el delito ante la amplificación del atentado a la intimidad que puede suponer el proceso penal.

En cualquier caso, como ya señalara ECHANO BASALDÚA, en el fundamento de algunos supuestos de perdón del ofendido y de los delitos sólo perseguibles a instancia de parte se encuentran presentes los rasgos fundamentales de los modelos de resolución de conflictos por medio del diálogo entre víctima y victimario.<sup>40</sup> Es decir, que se trata con carácter general de un campo abonado para la práctica de la mediación penal donde, en este caso, se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Imaginemos el siguiente supuesto de hecho: un sujeto (un trabajador que pretende desacreditar a sus competidores ante su superior, o el representante legal o administrador de la empresa ante ciertas sospechas de conducta desleal) accede sin consentimiento al correo electrónico de un compañero de trabajo, vulnerando su intimidad, en provecho de la persona jurídica para la que ambos desempeñan su actividad profesional. La posible víctima comunica a su empresa y a su compañero de trabajo que va a presentar una denuncia por un posible delito de descubrimiento y vulneración de secretos. Con independencia de que el supuesto autor persona física quiera participar, la persona ju-

---

<sup>39</sup> Sobre el recurso a la mediación respecto de estas faltas, J.A. DÍAZ LÓPEZ: «La ausencia de denuncia y el perdón del ofendido en el juicio de faltas», *Iuris*, n.º 177, octubre de 2012, p. 34.

<sup>40</sup> Vid. J.I. ECHANO BASALDÚA: «¿Hay lugar para el perdón en el Derecho Penal?», en J.I. ECHANO BASALDÚA (coordinador): *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, pp. 153-188.

rídica propone a la posible víctima llevar a cabo una mediación penal para evitar dicha denuncia.

Si la mediación es satisfactoria, la víctima se sentiría reparada y, desde un punto de vista lógico, no le resultaría ya rentable someterse a los avatares de un proceso penal. Posiblemente no presentaría denuncia, por lo que la mediación habría evitado el proceso. Las hipotéticas concesiones o reconocimientos de hechos que hubiera realizado la persona jurídica durante la mediación para evitarse un perjuicio a sí misma, beneficiarían igualmente al supuesto autor persona física, pues aunque no hubiera decidido participar en la mediación, evitaría igualmente la imputación de un posible delito.

Si la posible víctima ya hubiese denunciado los hechos supuestamente constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sería igualmente interesante llevar a cabo una mediación con la persona jurídica, que podría servir de cauce para la concesión del perdón del ofendido, extinguiendo su responsabilidad penal. No obstante, si el proceso judicial ya se hubiera incoado, en lo que respecta al supuesto autor persona física, sería aconsejable que también participara en la mediación (junto con la persona jurídica, o en otra mediación anterior o posterior). De no hacerlo, podría subsistir su responsabilidad penal. En efecto, el perdón que la posible víctima hubiese concedido en el proceso de mediación a la persona jurídica podría ser uno de los llamados *perdones selectivos*, que no afectaría a otros autores del delito, entre los que se encontraría la persona física que, en nuestro ejemplo, accedió a la cuenta de correo. No existirían en estos casos, sin embargo, problemas derivados de que el perdón fuera «prematureo»: esto es, otorgado antes de que la posible víctima conociera el verdadero alcance de los hechos cometidos por el supuesto autor. Si estamos hablando de una mediación satisfactoria, lo normal es que las partes se hayan explayado y sincerado plenamente, por lo que en principio el perdón no debería ser considerado *temprano*, al conocer perfectamente la posible víctima no sólo los hechos, sino las motivaciones e inquietudes de los supuestos autores.

La incidencia casuística de situaciones similares a la del ejemplo propuesto puede ser significativa. Debemos tener presente que los deberes de autorregulación (que deberían adquirir una importante trascendencia a efectos de excluir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica) entran fácilmente en colisión con el debido respeto a la intimidad del trabajador (de forma paradigmática, si se está cometiendo un delito de descubrimiento y revelación de secretos).

Derivado de lo anterior, tras la entrada en vigor de la RPPJ, ya empiezan a vislumbrarse comportamientos por parte de las empresas

hasta ahora poco habituales. Por ejemplo, despidos de trabajadores ante una mera imputación de hecho indiciariamente delictivo a uno de ellos (y consiguientes conflictos de intereses para los abogados de la empresa que, anteriormente a la reforma, puede que hubiesen ejercido la defensa del trabajador). Volviendo a nuestro ejemplo, sabedora de que la colaboración o la reparación del daño a la posible víctima pueden suponer una atenuación de su hipotética responsabilidad penal, resulta coherente imaginar que la persona jurídica proceda a desvincularse de inmediato de la persona física que accedió al correo electrónico de un compañero, quizás incluso ateniéndose a las previsiones de un programa de cumplimiento penal (*corporate compliance program*) elaborado con anterioridad, pues así se reforzaría la idea de que existieron deberes de control.

Aunque excede nuestro objeto el análisis de la incidencia de los llamados programas de cumplimiento como forma de excluir la RPPJ en nuestro ordenamiento<sup>41</sup>, nada obsta para que puedan plantear la hipótesis de la mediación a las empresas para este tipo de casos, en los que todavía no se ha producido la denuncia del trabajador afectado. En efecto, estos programas de cumplimiento no tienen por qué tener como única función excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que deberían ser entendidos como un cauce para potenciar el negocio en sí mismo, proporcionando a la empresa mayores ventajas competitivas o mejorando el servicio al cliente. En definitiva, si admitimos que un *compliance program* no sirve sólo para prevenir, sino también para *resolver* posibles conductas delictivas dentro de la empresa, parece lógico que en estos programas y para supuestos análogos al expuesto puedan mencionarse los beneficios de la mediación penal. En este sentido, si se iniciara una mediación como consecuencia de las recomendaciones de uno de ellos, los sujetos de la empresa con competencias en materia de autorregulación (los llamados *gatekeepers*<sup>42</sup>) podrían ser buenos candidatos para representar en una mediación penal a la persona jurídica supuestamente responsable.

---

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión, entre otros, I. CLEMENTE CASAS / M. ÁLVAREZ FEIJOO: «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *AJUM*, n.º 28, enero-abril de 2011, pp. 26-47; o J. ALONSO GALLO: «Los programas de cumplimiento», en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coordinador): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas, 2011, pp. 143-200.

<sup>42</sup> Sobre este concepto, *vid. passim* J.C. COFFEE JR., *Gatekeepers. The professions and corporate governance*, Oxford University Press, 2006.



En cualquier caso, ya fuere como consecuencia de las recomendaciones de un programa de *compliance* penal o por la propia iniciativa de la persona jurídica, estos podrían llegar a ser los protagonistas en un escenario habitual: una persona física supuestamente víctima de un delito y dispuesta a ejercer la acusación particular en un procedimiento penal; un posible autor persona física que ve peligrar su puesto de trabajo como mal añadido a su hipotética responsabilidad penal; y una persona jurídica que quiere evitar o atenuar su incierta responsabilidad penal a toda costa, aún a riesgo de dinamitar las relaciones sociales existentes en la empresa. Sin perjuicio de que fracase el intento de llevar a cabo una mediación por la negativa de las partes, debemos convenir en que se presenta como el mecanismo idóneo si se pretende revertir ese conflictivo escenario al *status quo* anterior al hecho supuestamente delictivo, o al menos suavizar sus consecuencias (nada impide compatibilizar una mediación penal con una mediación laboral, como medio de contemporizar un despido y solventar un conflicto entre la empresa, el trabajador despedido y la víctima).

Obviamente, lo anterior no significa que sólo pueda emplearse la mediación para resolver conflictos *intra empresariales* derivados de posibles delitos «semi-privados», pero se trata de los supuestos que con mayor facilidad se prestarían a una mediación penal con consecuencias a efectos de excluir la RPPJ. Esta es, al menos, la conclusión que cabe extraer a la vista de la actual regulación estatal de la mediación penal. Es decir: de su ausencia.

## V. La mediación: ¿un posible «filtro» de la RPPJ?

Como puede apreciarse, existen dilemas para la práctica de la mediación, respecto de delitos que prevean la RPPJ, que nuestra vigente legislación impide solventar de forma plenamente satisfactoria. Sin embargo, la potencial utilidad de este mecanismo podría aumentar de ser finalmente regulada a nivel estatal la mediación. Podría, así, cumplir un papel respecto de todo tipo de supuestos (obviamente, también de los derivados de denuncias *extra empresariales*). Está por ver cómo concluirá el *iter* de la regulación de la mediación penal de adultos en nuestro ordenamiento a los efectos que nos ocupan, especialmente a la vista de que, desde que se introdujo en nuestro ordenamiento la RPPJ, han sido varias las iniciativas encaminadas a tal fin.

A nivel comunitario, centrándonos en el papel de las personas jurídicas, la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 18 de mayo de 2011, en su Considerando (23), planteaba que podrían parti-

cipar en mecanismos encaminados a apoyar a las víctimas —como pudiera ser la mediación penal— ejerciendo la función de representante legal de un menor de edad víctima del delito. Esta posibilidad sería finalmente asumida por el Considerando (60) de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012. Huelga señalar que también puede ser una persona jurídica la institución a la que pertenezca el mediador, o quien coadyuve al correcto desarrollo de una mediación. En este sentido se pronunció el Comité de Regiones en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva, de 16 de febrero de 2012, aconsejando que «*para mejorar la situación de las víctimas, participen las diferentes organizaciones privadas pero también las personas jurídicas [...] esforzándose por coordinar a nivel europeo el análisis de experiencias con participación de diferentes partes interesadas privadas y de otro tipo*». Se confirmaría así que el giro victimológico que está experimentando nuestro ordenamiento penal admite sin ambages la participación de personas jurídicas en mediaciones penales. Resta por saber si también lo hará cuando se presenten en calidad de supuestos autores.

A nivel estatal, por el momento, no ha fraguado ninguna iniciativa. Tras el malogrado Anteproyecto de LECrim, de 27 de julio de 2011, que dedicaba un Capítulo a la mediación penal, el Anteproyecto de LO de julio de 2012 —por la que se modifica la LO 10/1995—, propuso la que sería la primera mención a la mediación penal en nuestro Código («*El Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en un proceso<sup>43</sup> de mediación*»). Aunque no regule el mecanismo en sí, ni tenga incidencia directa a efectos de RPPJ (la suspensión de la ejecución de la pena sólo cabe con las penas privativas de libertad, que no tienen como destinatarias a las personas jurídicas), todo parece indicar que nos encontramos en la antesala de la regulación de la mediación penal en nuestro ordenamiento.<sup>44</sup>

Siendo así, se antoja conveniente concluir con una reflexión, expuesta por GÓMEZ-JARA<sup>45</sup>, enfocada a lo que podría ocurrir si a través de una nueva LECrim se diera cabida al principio de oportunidad en el Derecho penal de adultos, regulando a nivel estatal la mediación y los supuestos en los que podría emplearse a efectos de RPPJ. Concreta-

---

<sup>43</sup> En la versión de octubre de 2012 del Anteproyecto, se modifica levemente la redacción: «... *por las partes en virtud de mediación*».

<sup>44</sup> Vid. J.M. SILVA SÁNCHEZ / J.A. DÍAZ LÓPEZ: «Mediación y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», *Togas*, 19 de enero de 2012 ([www.togas.biz](http://www.togas.biz)).

<sup>45</sup> *Tratado... op. cit.*, pp. 202 y ss.

mente, podría ser beneficioso regular en el futuro algunos supuestos de colaboración entre la persona jurídica en cuyo seno se ha cometido un delito y la autoridad que investiga esos hechos, tomando en consideración las virtudes de la mediación penal.

Como punto de partida, recordemos que la STS n.º 7141/2010, de 26 de julio, Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar ha señalado *«que urge, a nuestro juicio, una nueva redacción de esta atenuante en supuestos de confesión y colaboración con la Justicia, lo que redundará en ahorrar costes y reducir recursos públicos, pero —sobre todo— dando seguridad y rapidez a su enjuiciamiento, y con ello que se produzcan resultados similares, de manera que sea efectivo el ofrecimiento de colaboración y confesión para que la respuesta del ordenamiento jurídico sea más ajustada a la verdadera culpabilidad del reo, y además, como decimos, se agilicen trámites y se ahorren costes. La vía de la mediación penal va por ese camino.»*

Así las cosas, supongamos que una persona jurídica, a la que aún no se le exigen responsabilidades, dispone de cierta información crucial para orientar adecuadamente una investigación penal en curso. Actualmente, la atenuante de colaboración (artículo 31 bis.4.b) CP) cuenta con un importante escollo práctico: aunque la persona jurídica colabore con la Fiscalía o con el Juez Instructor, no puede tener garantías de que, pese a dicha colaboración, no continuará el procedimiento penal contra ella sobre la base de la propia información que ella misma ha remitido. Esta será la situación mientras no se flexibilice el principio de legalidad que inspira la labor del público Ministerio.

Pues bien, la mediación se rige por el principio de confidencialidad. Por lo tanto, confidenciales son los datos que allí se aporten, que no podrían ser utilizados contra la persona que sugiere el inicio de la mediación. Desde esta perspectiva, la mediación penal podría ser un incentivo para que la persona jurídica quiera colaborar con las investigaciones penales en curso. Como decimos, no existe a estas alturas una protección legislativa clara para asegurar que, en última instancia, no se volverá en contra de las personas jurídicas el esfuerzo colaborador que inicien con las autoridades competentes en materia de investigación penal. El hecho de que la vía de la mediación proporcione mayor confidencialidad a esa colaboración puede constituir, sin duda, una importante ventaja para la persona jurídica cumplidora de la legalidad que quiere colaborar con una investigación penal en curso, en beneficio de las posibles víctimas, y que, al mismo tiempo, no quiere renunciar a ninguno de sus Derechos. Un dilema que surge de esta propuesta es la vía a través de la cual la persona jurídica podría manifestar su intención de someterse a una mediación penal, con el fin de cola-

borar con la investigación y evitar que ello le genere responsabilidades; lo cual debe necesariamente hacerse *ad extra* del proceso judicial y de las personas vinculadas con la autoridad que se encargue de su prosecución. Quizás, una institución que podría cumplir con estos requisitos sería la Abogacía del Estado pues, perteneciendo al ámbito estatal, ostenta hasta cierto punto el grado necesario de oportunidad que requiere este tipo de casos.

En definitiva, la mediación penal es una herramienta para resolver conflictos y aliviar la congestión que padece la Administración de Justicia que puede ser de suma utilidad en el ámbito de la RPPJ. Sólo se requiere, para que sean viables propuestas como la que hemos expuesto, que el Legislador opte en una futura reforma por conferir mayor preponderancia al principio de oportunidad en nuestro ordenamiento penal, regulando de forma certera este mecanismo alternativo/complementario para la resolución de conflictos.

# Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción

Juan Ignacio Echano Basaldua

Profesor de Derecho penal  
Universidad de Deusto

## I. Introducción

Este trabajo<sup>1</sup> tiene por objeto un concreto aspecto de la mediación penal entre adultos: el ámbito de su aplicación en atención a la clase de infracción. La pregunta a responder es si la mediación, «eje y manifestación más importante de la justicia restaurativa»<sup>2</sup>, su instrumento más utilizado<sup>3</sup>, puede aplicarse a cualquier clase de infracción penal o solamente a algunas de ellas. Actualmente cuál sea su ámbito de aplicación o, en otros términos, cuáles son las infracciones penales en las que puede aplicarse, constituye «uno de los temas más espinosos de la mediación»; se trata de determinar, pues, si lo pertinente es establecer

---

<sup>1</sup> Quiero agradecer los comentarios que hicieron a su versión inicial Xabier Etxebarria Zarrabeitia y Concepción Sáez Rodríguez.

<sup>2</sup> La expresión es de MANZANARES SAMANIEGO, 2007, 17.

Sobre la diversas manifestaciones o instrumentos de justicia restaurativa véase BARONA VILAR, 2011, 144 ss.; TAMARIT SUMALLA, 2012, 38 ss., que incluye una adaptación de la clasificación de McCLOUD y WATCHEL de las distintas manifestaciones o prácticas restaurativas. Asimismo, la *Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* (Considerando 46).

<sup>3</sup> Es prácticamente la única manifestación de la justicia restaurativa en España, GONZÁLEZ CANO, 2009, 20; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 37 ss.; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 127 ss. Además como subrayan ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ CUESTA, 2007, 76, España se encuentra a la cola de los países de nuestro entorno a la hora de regularla.

Asimismo es la más aplicada en Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda (MONTESINOS GARCÍA, 2009, 120 s.) y también en aquellos países ajenos al Common Law que la han introducido en sus ordenamientos jurídicos, como Francia (ETXEBERRIA GURIDI, 2009, 183 s.), Alemania (BARONA VILAR, 2009, 243 ss.; 257 ss.) y Portugal (LAMAS LEITE, 2009, 289 ss.).

un sistema de *numerus clausus* o, por el contrario, de *numerus apertus*<sup>4</sup>.

El art. 44.5 LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —en adelante, LOMPIVG— (y, en consecuencia, el art. 87 ter.5 Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ—) prohíbe su aplicación a estos delitos. En la doctrina española se debate si puede aplicarse a delitos cuya víctima no es una persona física determinada (delitos de peligro abstracto, contra bienes jurídicos de los que es titular la comunidad, colectivos, instituciones públicas y personas jurídicas), a los delitos de violencia de género y a los delitos graves, incluidos los de terrorismo<sup>5</sup>. Ello nos obliga a preguntarnos por las razones que fundamentan estas prohibiciones y propuestas de limitación y si resultan convincentes.

Para responderlas seguiremos de cerca no sólo a los autores que ofrecen el marco teórico imprescindible de la justicia restaurativa y, en concreto, de la mediación, sino también a los que refieren las experiencias de mediación llevadas a cabo estos últimos años en España<sup>6</sup>. Asimismo se tendrán presentes el Derecho Comunitario, el Derecho Comparado y distintos instrumentos y documentos internacionales.

En cualquier caso una perspectiva adecuada a la hora de enfrentarse a las preguntas indicadas, requiere detenerse, necesariamente de forma muy esquemática, en las características que se atribuyen a la justicia restaurativa y a la mediación, como presupuesto de las reflexiones relativas al objeto directo del trabajo.

<sup>4</sup> BARONA VILAR, 2011, 287, de quien es la expresión; QUINTERO OLIVARES, 2011, 523; URBANO CASTRILLO, 2010, 16.

<sup>5</sup> Véase, por todos, BARONA VILAR, 2011, 287 ss.; ESTIRADO DE CABO, 2007, 1 ss.

No se va a hacer referencia a otros supuestos, en los que el debate sobre la exclusión o no de la mediación no depende de la clase infracción en cuanto tal, sino de otros factores, como sucede respecto de los casos en que son varios los acusados y sólo algunos de ellos están dispuestos al proceso de mediación, en que el responsable del delito es una persona jurídica, en que el acusado es reincidente o drogodependiente, en que la víctima es menor o incapaz o en que la infracción es susceptible de ser sometida a enjuiciamiento rápido, porque la problemática que plantean es otra. Véase al respecto BARONA VILAR, 2011, 304 ss.; RÍOS MARTÍN / OLAVARRIA IGLESIA, 2007, 7; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 106 s.; SÁEZ *et al.*, 2008, 325 s.

<sup>6</sup> Sobre estas experiencias véase BARONA VILAR, 2011, 229 ss.; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 37 ss.; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 127 ss. Crítico frente a ellas por considerarlas ilegales CABEZUDO RODRÍGUEZ, 2011, 30 s.; asimismo críticos ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 76, para quienes la situación legislativa es «de una cuasi anomia que ha generado prácticas inestables, por difusas y poco sistemáticas».

RÍOS MARTÍN *et al.*, tras reconocer la inexistencia de una definición de justicia restaurativa universalmente válida, la caracterizan en un sentido amplio en los siguientes términos:

«la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo y el encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito»<sup>7</sup>.

Como se ha indicado, el método o instrumento más frecuente de la justicia restaurativa es la mediación, que SÁEZ *et al.* definen 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 implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima o infractor —o en ambas posiciones en los supuestos de denuncias 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»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 29 s., indicando que los contornos de la justicia restaurativa todavía no están plenamente definidos, pero que en este sentido se manifiestan los documentos de la ONU y del Consejo de Europa. Estos autores exponen su concepción de la justicia restaurativa de forma detenida en el apartado «Claves de la justicia restaurativa», 42 ss., donde como es frecuente, destacan sus diferencias con la justicia retributiva o preventiva (76). Similar EXTEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 49 ss.

Véanse también con escasas variantes BARONA VILAR, 2011, 129 ss.; LARRAURI, 2004, 442 ss.; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2007, 3 ss., en especial, 8; TAMARIT SUMALLA, 2012, 3 ss.; URBANO CASTRILLO, 2010, 9 ss.; VARONA MARTÍNEZ, 2009, 18 s.

La Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, define la justicia reparadora en su art. 2.1.d) diciendo: «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libre para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial».

<sup>8</sup> SÁEZ *et al.*, 2008, 314; DEL MORAL GARCÍA, 2010, 51; en el mismo sentido BARONA VILAR, 2011, 257 ss.; GONZÁLEZ CANO, 2009, 25; TAMARIT SUMALLA, 2012, 17 ss.; asimismo de interés ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 61.

TAMARIT SUMALLA, 2012, 49, siguiendo a McCOLD y WATCHEL, califica la mediación no de «práctica plenamente restaurativa» sino «principalmente restaurativa», porque en ella «la comunidad queda en un segundo plano».

La denominación de este proceso propio de la justicia restaurativa, mediación, hace referencia a la forma o modo en que se produce (mediador que facilita el diálogo entre víctima y victimario), pero no hay que perder de vista que el diálogo tiene por objeto un acuerdo que resuelva el conflicto, lo que viene a significar que la víctima es reparada —se restaura en la medida de lo posible la situación anterior al delito— y que en alguna forma el infractor asume su responsabilidad, utilizándose por ello, en ocasiones, también el término «conciliación»<sup>9</sup>.

Esta caracterización no supone sin más que la mediación «se desarrolla sobre tres ejes: la deslegalización —la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión—; la desjudicialización —la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos estatales de justicia centralizada—; la desjuridificación —el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio—»<sup>10</sup>. La caracterización de la mediación que se ha realizado, no la presenta necesariamente como una alternativa al proceso penal. Es perfectamente válida, como subraya GONZÁLEZ CANO, para una mediación inserta en el ordenamiento jurídico que complementa el proceso penal, una mediación reglada por las normas penales y procesales pertinentes con intervención de los órganos jurisdiccionales<sup>11</sup>, es decir, para una mediación «intrajudicial», como la que se ha venido realizando —aunque sin la regulación pertinente—, al menos, en algunas de las experiencias más relevantes realizadas en España: la infracción penal (delito o falta) denunciada

---

<sup>9</sup> DEL MORAL GARCÍA, 2010, 51, poniendo de relieve que no resulta adecuado denominar a estos procesos «reparación» o «conciliación», porque estas pueden lograrse también por otros medios distintos de la mediación, del diálogo; en el mismo sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 16 s.

Sobre la poca precisión terminológica MANZANARES SAMANIEGO, 2007, 27 ss.; PERÉZ SANZBERRO, 1999, 18 ss.

<sup>10</sup> ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 60, que apuntan estas tendencias propias de la lógica de la mediación.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ CANO, 2009, 23 ss. La doctrina mayoritaria entiende la mediación como complemento al proceso, véase, entre otros, BARONA VILAR, 2009, 18 ss.; CASTILLEJO MANZANARES, 2010, 81 ss.; DURBÁN SICILIA, 2010, 8 ss.; ESQUINAS VALVERDE, 2006, 60 ss.; HERNÁNDEZ RAMOS / CUELLAR ATÓN, 2010, 61 y 68 ss.; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, 2012, 17; RÍOS, 2010, 83 s.; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 76 ss.; TAMARIT SUMALLA, 2012, 61 s.; URBANO CASTRILLO, 2009, 19 ss.

En un sentido similar ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 62 s., indican que en los países continentales la mediación se articula con el proceso judicial, dando lugar a un «modelo de mediación retenida que [...] constituye una vía, tal vez, no alternativa en un sentido fuerte a la justicia penal estatalizada de corte retribucionista».



es derivada a mediación por el Juez con aceptación de la Fiscalía, de forma que esta se produce sea en fase de instrucción sea en la de enjuiciamiento<sup>12</sup>; y es válida asimismo para la mediación que se produce ya en la fase de ejecución de sentencia<sup>13</sup>. Por ello la mediación en estos casos es respetuosa con los derechos fundamentales y el sistema de garantías procesales<sup>14</sup>.

Como indica gráficamente DEL MORAL GARCÍA, la mediación en el Derecho penal español es objeto de una triple consideración: reconocimiento legal respecto de la responsabilidad penal de los menores<sup>15</sup>, anomia en el proceso penal de adultos y prohibición en lo relativo a la violencia de género<sup>16</sup>. Por ello en el Derecho penal de adultos la mediación no tiene efectos en sí misma considerada, se lleva a cabo necesariamente en el marco del proceso o en la fase de ejecución de la pena y sus efectos se derivan de los que corresponden a distintas instituciones

<sup>12</sup> Véase *Protocolo de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. Procedimiento de mediación penal*. Dirección de Justicia. Departamento de Justicia y Administración Pública, Gobierno Vasco. Junio 2012, en [www.justizianet/mediación-intrajudicial/documentos](http://www.justizianet/mediación-intrajudicial/documentos); asimismo MORENO, 2012, que expone gráficamente y paso por paso el contenido y aplicación de este protocolo. También utilizan el término «mediación intrajudicial» FÁBREGA / SÁEZ, 2010, 106 y 109, entre otros pasajes.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 16., se refiere a todos estos supuestos bajo la denominación de «mediación intraprocesal». En cambio BARONA VILAR, 2012, 325 ss., y GONZÁLEZ CANO, 2009, 43 ss., prefieren hablar de (1) «mediación penal preprocesal», cuando el hecho reviste caracteres de infracción penal, es puesto en conocimiento de la autoridad competente y esta decide remitirla a mediación; (2) «mediación penal procesal», cuando se produce antes del juicio oral o durante éste; (3) «mediación penal en la fase de ejecución», cuando se produce dictada sentencia e iniciado el proceso de ejecución; y (4) «mediación penitenciaria» cuando se ha iniciado ya el cumplimiento de la pena en el establecimiento correspondiente. En el mismo sentido también ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 77 ss.

<sup>14</sup> En este sentido BARONA VILLAR, 2011, 237 ss.; GONZÁLEZ CANO, 2009, 25 ss.; FÁBREGA / SÁEZ, 2010, 105 ss., MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 32 s.; SÁEZ / FÁBREGA, 2010, 114 ss.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no faltan los pronunciamientos críticos desde esta perspectiva, por todos, véase AGUILERA MORALES, 2006, 292; CABEZUDO RODRÍGUEZ, 2011, 24 ss.; GARCÍA ARÁN, 2006, 8 s.; PÉREZ CEPEDA, 2001, 471 ss., y 2007, 16 s.; VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2009, 1955 ss.

Sobre los riesgos de la mediación de interés SÁEZ, C., 2010, 164 ss.

<sup>15</sup> LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores, Exposición de Motivos, apartado II, 13; art. 19 (Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima) y 51.3 (Efectos de la conciliación cuando ya existe medida); y arts. 4 y 5 del RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores.

<sup>16</sup> DEL MORAL GARCÍA, 2010, 67. Sobre las cuestiones que suscita la prohibición de la violencia de género, véase el Apartado II. 2. Delitos de violencia de género.

vigentes en las que puede incidir (atenuante de reparación, suspensión de la ejecución de la pena,...)<sup>17</sup>.

Respecto de la mediación así entendida se plantea la cuestión de su ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción. Con el fin de aclararla se van a analizar los supuestos más relevantes que son objeto de debate en la doctrina: los delitos cuya víctima no es una persona física determinada (delitos de peligro abstracto, contra bienes jurídicos colectivos, de instituciones públicas y de los que son titulares personas jurídicas; delitos económicos) (apartado 1), los delitos de violencia de género (apartado 2) y los delitos graves, incluidos los de terrorismo (apartado 3).

El conocimiento y la crítica de las razones alegadas en uno u otro sentido permitirán tomar postura sobre cada uno de ellos y, posteriormente, determinar si resulta más apropiado un sistema de *numerus clausus* o de *numerus apertus*, en su caso, sus límites (apartado III).

## II. El debate sobre determinados supuestos

### 1. Delitos cuya víctima no es una persona física determinada

La mediación parte de la existencia de «dos polos: una víctima y un victimario»<sup>18</sup>, cuyo conflicto tratan de resolver ellos mismos por medio de un diálogo facilitado por un tercero, que desemboque en un acuerdo reparador. Por ello los delitos en que la víctima no es una persona física determinada —los delitos peligro abstracto, los delitos contra bienes jurídicos colectivos o de los que son titulares instituciones públicas o personas jurídicas, los delitos económicos—, plantean problemas para la viabilidad de la mediación en la medida en que el diálogo y el acuerdo reparador se difuminan.

Así los delitos de peligro abstracto —que no llegan ni siquiera a poner en concreto peligro bien jurídico alguno (vida, integridad corporal, intereses patrimoniales...) y, por tanto, a los que es ajena la idea de un daño y de una víctima que lo sufra— y también los delitos que atentan contra bienes jurídicos de los que es titular la comunidad o un colectivo —y que, por tanto, no producen un daño a una persona deter-

<sup>17</sup> La exposición de las distintas posibilidades puede verse en ETXEBARRIA ZARREABEITIA, 2011, 55 s.; DEL MORAL GARCÍA, 2010, 62 s.; RIOS MARTÍN *et al.*, 2012, 81 ss.; RODRÍGUEZ LAÍNZ, 2011, 1475; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2007, 13 ss.; TAMARIT SUMALLA, 2012, 67 ss.

<sup>18</sup> La expresión es de DEL MORAL GARCÍA, 2010, 67.

minada—, plantean dificultades a la hora de precisar si admiten o no la mediación, ya que no responden al esquema original indicado<sup>19</sup>.

Son dos las respuestas que ha dado la doctrina a esta cuestión. Algunos autores entienden que se puede llevar a cabo una mediación a través de la interposición de una «víctima subrogada» o «simbólica», que representaría y defendería los intereses colectivos —p. ej., en los delitos relativos al tráfico de droga representantes de asociaciones vinculadas a esta problemática, o en los delitos contra la seguridad vial víctimas de accidentes de tráfico o sus asociaciones—, de forma que la víctima abstracta se haría en alguna forma presente. Indican a este respecto que sería necesario dotar de legitimación a las entidades que fueran a actuar como víctimas simbólicas o subrogadas y establecer su perfil y los límites de su actuación en el encuentro. Además enfatizan que de esta forma se podrían conseguir los fines de la mediación a través del diálogo y de la confrontación con quien ha sufrido consecuencias de comportamientos similares, como son la asunción de responsabilidad por el daño y los posibles rendimientos positivos en la motivación conductual futura por parte del autor, así como el reconocimiento de la vigencia de la norma, en otras palabras, los fines de rehabilitación social y de prevención general positiva<sup>20</sup>.

Otro sector de la doctrina considera, por el contrario, que si no hay una concreta persona que sufra un daño, no estaríamos ante una mediación propiamente dicha, ya que esta requiere comunicación interpersonal entre víctima y victimario<sup>21</sup> y un acuerdo que contenga una compensación o reparación, que tampoco se produce en estos casos, ya que ha de ser simbólica en cuanto no dirigida a una concreta víctima sino a la colectividad<sup>22</sup>. Añade, además, que sería una mediación diferente a la que diseña la Decisión Marco (2001/220/JAI) relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que en su art. 1.a) entiende por víctima a una persona física que ha sufrido un daño en sus bienes jurídicos o derechos —y lo mismo puede decirse conforme a las disposicio-

---

<sup>19</sup> Ponen de relieve esta dificultad BARONA VILAR, 2010, 245 y 2011, 306 ss.; DEL MORAL GARCÍA, 2010, 67; DURBAN SICILIA, 2010, 7; ESTIRADO DE CABO, 2007, 3; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39; RÍOS MARTÍN / OLAVARRIA IGLESIA, 2007, 5; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 103; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 323.

<sup>20</sup> Así BARONA VILAR, 2010, 245 s. y 2011, 307 s.; GONZÁLEZ CANO, 2009, 41; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 323, quien indica que esta posición fue mayoritaria entre los expertos consultados.

<sup>21</sup> DEL MORAL GARCÍA, 2010, 67; GARCÍA TORRES, 2010, 22; MANZANARES SAMANIEGO, 2007, 55 s.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39.

<sup>22</sup> BARONA VILAR, 2011, 309, refiere la presencia de este argumento en la doctrina alemana.

nes de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, en su art. 2.1.a)—, de los que pueda disponer en el proceso, y que la víctima simbólica no se encuentra en esta situación, de forma que sería preciso legitimar a quienes vayan a actuar como víctimas<sup>23</sup>. En este sentido se afirma que la víctima simbólica es un artificio innecesario, y que es mejor acudir directamente a otras instituciones (reparación, conciliación), que permiten mantener los efectos de rehabilitación del infractor y de prevención general positiva antes señalados —evitando así que quede en peor condición quien lesiona bienes jurídicos colectivos o pone en peligro abstracto bienes jurídicos de los particulares—, si bien por esta vía se produce un cierto alejamiento de la justicia restaurativa a favor de un modelo dirigido más bien a la rehabilitación del infractor que a prestar atención a la víctima<sup>24</sup>.

El Derecho Comparado no ofrece una respuesta unitaria al respecto. Algunos países limitan la mediación a los delitos cuyas víctimas son personas físicas determinadas<sup>25</sup>, mientras que en otros no se produce tal exclusión<sup>26</sup>. Por su parte, las experiencias realizadas en España ponen de relieve que se realizan mediaciones, aunque su número es escaso<sup>27</sup>.

Ciertamente esta clase de delitos no se ajustan plenamente a la mediación. La ausencia de una determinada persona que sea víctima, impide hablar en puridad de un diálogo entre infractor y víctima —ya que se tratará en todo caso de una víctima simbólica o subrogada— ni de un acuerdo restaurador —ya que la actividad restauradora va referida a la comunidad—, de forma que se difumina la función restauradora o reparadora de la mediación en estos casos<sup>28</sup>. Pero no hasta el extremo de que estos delitos deban quedar excluidos en todo caso de la mediación. La mayoría de ellos tienen como referencia bienes jurídicos de los

<sup>23</sup> Véanse MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39; RÍOS MARTÍN / OLAVARRIA IGLESIA, 2007, 6.

<sup>24</sup> DEL MORAL GARCÍA, 2010, 68; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 104.

<sup>25</sup> Así Dinamarca, Francia, Portugal e Inglaterra según refieren respectivamente ERVO, 2009, 16; ETXEBERRIA GURIDI, 2009, 213 ss., LAMAS LEITE, 2009, 305 s. y MONTESINOS GARCÍA, 2009, 99.

<sup>26</sup> Así Alemania, al menos, en la legislación federal, según BARONA VILAR, 2009, 206, y 2011, 309 s.

<sup>27</sup> MARTÍN BARBERÁN / DAPENA MÉNDEZ / CANO, 2009, 102, que se refieren a algunos pocos delitos contra la seguridad vial mediados en Cataluña y respecto de esta misma comunidad autónoma GUIMERA I GALIANA, 2005, 10, recoge delitos de falsedad documental (4). En Euskadi VARONA MARTÍNEZ, 2009, 51 ss., hace referencia a delitos contra la seguridad vial (1) y de falsedad (1). En los datos que ofrece GORDILLO SANTANA, 2007, 379 ss., relativos al Proyecto Piloto de La Rioja figura un delito de falsedad documental.

<sup>28</sup> BARONA VILAR, 2011, 309.

que son titulares los particulares (p. ej., seguridad vial y vida, integridad corporal o propiedad de los particulares; salud pública y salud individual;...) y ello facilita construir un procedimiento en que el infractor se confronta a víctimas subrogadas o simbólicas, pero que son víctimas de delitos contra esos bienes jurídicos de los particulares de referencia (p. ej., conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas y muerte por imprudencia debida a la conducción en esas condiciones) y en el que el acuerdo puede contener compromisos de conductas que sean limitadoras de las delictivas<sup>29</sup>, de forma que se pueden reconocer en alguna manera los elementos estructurales básicos de la mediación. Por ello se hace aconsejable admitir la mediación en estos delitos, cuando puedan alcanzarse como mínimo sus objetivos de reconocimiento del daño (aunque no exista una víctima directa) y de reparación a la colectividad en la línea del fin de rehabilitación social y de reconocimiento de la vigencia de la norma relacionado con la prevención general positiva<sup>30</sup>.

DEL MORAL GARCÍA propone excluir de la mediación los delitos que atentan contra la Administración Pública y, dentro de ellos, los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, los delitos contra la Hacienda Pública, ..., en fin, los delitos de cuyo bien jurídico es titular una institución pública, ya que, a su juicio, «no tiene sentido la mediación entre una institución pública (cualquier Hacienda, por ejemplo) y un infractor»<sup>31</sup>.

Esta opinión, que encuentra apoyo asimismo en las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo y en las de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, que reducen el concepto de víctima a las personas físicas<sup>32</sup>, no es compartida de forma unánime. RÍOS MARTÍN *et al.* reconocen, respecto de los delitos contra los funcionarios, que «el marco de competencia objetiva más idóneo» para la mediación es el de las infracciones entre personas físicas, pero entienden que en estos delitos podría realizarse entre el infractor y el responsable del órgano de la Administración correspondiente, pudiéndose llegar

<sup>29</sup> Tales conductas pueden ir desde recibir cursos relativos a seguridad vial hasta la prestación de actividades en beneficio de la comunidad (colaboración con entidades dedicadas a la rehabilitación de delincuentes o a la atención a víctimas de accidentes y un muy largo etcétera).

<sup>30</sup> BARONA VILAR, 2011, 309 s., a cuyo juicio se deben diferenciar entre la diversa tipología y gravedad de estos delitos, entre los que tiene cabida desde el tráfico de drogas a los delitos contra el medio ambiente, de enaltecimiento del terrorismo, ...; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 323 s., que señala esta como la postura mayoritaria entre los expertos consultados.

<sup>31</sup> DEL MORAL GARCÍA, 2010, 68.

<sup>32</sup> Véase respectivamente el art. 1.a) y el art. 2.1.a), i) y ii), y b).

en este caso a un acuerdo de reparación a la víctima —institución pública— con los efectos rehabilitadores y de prevención general propios de la mediación. Por ello consideran que no debe excluirse en estos delitos, cuando sea técnicamente posible<sup>33</sup>.

Estos delitos parecen estar excluidos mayoritariamente de la mediación en Derecho Comparado<sup>34</sup>. En España las experiencias realizadas los incluyen, al menos en Euskadi<sup>35</sup>.

En estos casos el responsable del órgano de la Administración a que hacen referencia RÍOS MARTÍN *et al.*, no parece ser tan sólo una víctima subrogada o simbólica sino que, en parte, es también representante de la víctima, del órgano de la Administración contra el que se ha dirigido la infracción, lo que parece aproximarse en mayor medida a la idea de diálogo entre víctima e infractor. En cuanto al acuerdo reparador debe tenerse en cuenta que en todo caso habrá de dejar a salvo el cumplimiento de la responsabilidad civil en la medida de lo posible, porque el responsable del órgano de la Administración no puede disponer sobre ella; únicamente cabe pensar en que el infractor lleve a cabo conductas, que den satisfacción a la víctima, lo que a pesar de la peculiar naturaleza de la Administración pública y de las conductas posibles, ciertamente limitadas (petición de disculpas, realización de prestaciones...), permite reconocer los elementos fundamentales de la mediación, aunque también en estos casos quede difuminada la dimensión reparadora o restauradora para la víctima que tiene la mediación, a favor de un modelo que trae a primer término los efectos de rehabilitación del infractor (asunción de responsabilidad por el daño y posibles rendimientos posi-

<sup>33</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 105 s.

<sup>34</sup> Expresamente quedan excluidos en Portugal y también en Francia, aunque no expresamente, según refieren respectivamente ETXEBERRIA GURIDI, 2009, 213 ss. y LAMAS LEITE, 2009, 305 s.

En Suecia, Noruega y Finlandia parece desprenderse que no se llevan a cabo mediaciones sobre ellos, ya que ERVO, 2009, 128 ss., 144 y 154, no hace referencia a ellos. En otros países en los que, en principio, no se excluyen de forma rígida ninguna clase de delitos como Inglaterra o Dinamarca, tampoco parece que se lleven a cabo mediaciones sobre ellos según se desprende de las exposiciones de MONTESINOS GARCÍA, 2009, 96 s., y ERVO, 2009, 168; tampoco cita esta clase de delitos entre los que sean objeto de mediación en Alemania BARONA VILAR, 2009, 266, aunque la legislación federal no limita el ámbito de aplicación.

<sup>35</sup> Respecto de Euskadi para el periodo de oct. 2008 a set. 2009, VARONA MARTÍNEZ, 2009, 51 ss., recoge los delitos de acusación y denuncia falsas y simulación de delito (2), contra el orden público (4 sin contar los de atentado, resistencia y desobediencia), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (1) y quebrantamiento de condena (8). Por su parte GORDILLO SANTANA, 2007, 379 ss., no hace referencia a estos delitos en los datos relativos al Proyecto Piloto de La Rioja, y tampoco respecto a Cataluña MARTÍN BARBERÁN / DAPENA MÉNDEZ / CANO, 2009, 102, ni GUIMERA I GALIANA, 2005, 10.

tivos en la motivación conductual futura para el autor) y de prevención general positiva (reconocimiento de la vigencia de la norma). De todos modos estas consideraciones permiten llegar a la conclusión de que no parece conveniente excluir la mediación de forma taxativa en todos estos delitos, máxime si se tiene en cuenta su extraordinaria diversidad<sup>36</sup>.

A este respecto debe tenerse en cuenta que en ocasiones los delitos contra bienes jurídicos de los que son titulares instituciones públicas contemplan dos tipos de víctimas. Así sucede señaladamente en los delitos de atentado, resistencia e, incluso, desobediencia. Quienes soportan las conductas de acometimiento, empleo de fuerza, amenaza, resistencia o desobediencia, son la autoridad o el funcionario público implicados, aunque el titular del bien jurídico protegido sea la Administración pública. De ahí que no debería negarse que la autoridad o funcionario también es víctima de estos delitos y en alguna forma «representa el interés del Estado», por lo que puede afirmarse que hay espacio para la mediación<sup>37</sup>. De hecho en estos casos se ha admitido en el Derecho Comparado, aunque sea minoritariamente<sup>38</sup>, y no son infrecuentes las experiencias habidas en España<sup>39</sup>.

Cuestión distinta es, como indica la doctrina, que son delitos en los que pueden presentarse serias dificultades en el caso concreto para establecer un diálogo en las condiciones de igualdad que requiere la mediación, a causa de «la desigualdad institucional en que se encuentran las partes»<sup>40</sup>.

Guardan cierta similitud con los supuestos que acabamos de analizar, aquellos en que el titular del bien jurídico protegido es una persona jurídica, como sucede no pocas veces en los delitos de hurto, robo, estafa, apropiación indebida,... y otros muchos<sup>41</sup>. No puede pasarse por

<sup>36</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 105 s.

<sup>37</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 106, de donde se toma la expresión

<sup>38</sup> ERVO, 2009, 176, indica que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia han sido objeto de mediación en Islandia, aunque se han opuesto a ello los sindicatos policiales por entender que ellos no son las víctimas, porque el delito no se dirige directamente contra ellos y que al remitir un delito a mediación se le atribuye una menor gravedad al delito, lo que redundaría en una menor protección de los agentes.

<sup>39</sup> En concreto en Euskadi VARONA MARTÍNEZ, 2009, 55 ss., hace referencia a supuestos de atentado (6) y de resistencia y desobediencia (11). Asimismo se han realizado mediaciones respecto de estos delitos en Cataluña según indican MARTÍN BARBERÁN / DAPENA MÉNDEZ / CANO, 2009, 102, aunque ponen de relieve su escaso número. En cambio, no se recogen en los datos que ofrece GORDILLO SANTANA, 2007, 379, para La Rioja.

<sup>40</sup> ESTIRADO DE CABO, 2007, 2; GONZÁLEZ CANO, 2009, 42; RÍOS MARTÍN / OLAVARRIA IGLESIA, 2007, 7 y 5; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 106; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 324.

<sup>41</sup> Se plantea una problemática muy diferente, en la que no entramos, cuando el responsable del delito es una persona jurídica. Véase al respecto DÍAZ LÓPEZ, 2011, 29 ss.

alto que la Decisión Marco (2001/220/JAI), de 15 de marzo y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, excluyen del concepto de víctimas a las personas jurídicas, como se ha señalado, y por ello no faltan opiniones que consideran que no es aplicable la mediación a estos supuestos<sup>42</sup>. No obstante, han sido frecuentes las mediaciones de esta clase que se han producido<sup>43</sup> y no se han observado obstáculos para el logro de los fines que se le atribuyen<sup>44</sup>, aunque sí parece que la posibilidad de que la mediación se desarrolle con éxito, depende en mayor medida de las circunstancias del caso concreto que del hecho de que la víctima sea una persona jurídica. Cuanto mayor implicación tenga el representante de la persona jurídica —lo que puede depender del tamaño de la misma, de su modo de funcionar, de la propia persona que la representa...— más se aleja de la figura de la víctima subrogada o simbólica y más adecuada resulta la mediación<sup>45</sup>.

Desde una perspectiva similar a las que venimos utilizando debe contemplarse la aplicabilidad de la mediación a los delitos económicos<sup>46</sup>. Los delitos económicos en sentido estricto atentan contra bienes jurídicos de los que son titulares instituciones públicas (delitos contra la Hacienda pública, monetarios y de contrabando)<sup>47</sup> y por las razones expuestas anteriormente no deben excluirse del ámbito de la mediación con carácter general, aunque no constituyen el marco más adecuado para ella.

Los delitos económicos en sentido amplio, en cambio, como lesionan o ponen en peligro, en primer término, un bien jurídico de los particulares y, mediatamente, atentan contra bienes jurídicos de los que son titulares la comunidad o las instituciones públicas<sup>48</sup>, frecuente-

<sup>42</sup> Véase la referencia de RÍOS MARTÍN / OLAVARRIA IGLESIA, 2007, 6, a estas opiniones.

<sup>43</sup> BARONA VILAR, 2010, 279, indica que en Alemania el 5% de los asuntos que han sido sometidos a mediación tienen como víctima a una persona jurídica.

En Cataluña y en Euskadi, según refieren respectivamente GIMERA I GALIANA, 2005, 17, y MARTÍN, J. / CANO, F. / DAPENA, J., 2011, 675, y VARONA MARTÍNEZ, 2009, 44, se vienen realizando mediaciones en estos supuestos.

<sup>44</sup> ESTIRADO DE CABO, 2007, 3; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 104 s.

<sup>45</sup> RÍOS MARTÍN, *et al.*, 2012, 105.

<sup>46</sup> La doctrina acostumbra a diferenciar entre delitos económicos en sentido estricto y en sentido amplio, como se hace seguidamente en el texto, véase por todos, BAJO / BACIGALUPO, 2010, 11 ss., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2011, 87 ss.

<sup>47</sup> La pertenencia de estos delitos que MUÑOZ CONDE, 2010, 1051, denomina «delitos contra el orden público económico», a los delitos económicos en sentido estricto, no se discute, aun cuando BAJO / BACIGALUPO, 2010, 13, añaden los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios y el blanqueo de capitales.

<sup>48</sup> BAJO / BACIGALUPO, 2010, 14. Similar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, 88. Aunque el elenco de delitos que presentan ambos autores presentan divergencias incluyen las insolvencias punibles, los delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores, los delitos societarios, los delitos contra los derechos de los trabajadores...



mente permiten reconocer como víctima a una persona determinada<sup>49</sup>. Cuando de acuerdo con la concreta tipificación que reciben, sea suficiente con un peligro abstracto para bienes jurídicos de los particulares<sup>50</sup>, podrá cuestionarse la exclusión de la mediación, aunque tal como se ha indicado antes, resulta aconsejable que estos delitos no queden excluidos de la mediación. En cualquier caso debe tenerse presente que, en no pocas ocasiones, puede existir una desigualdad o desequilibrio de poder entre víctima y victimario en el caso concreto, que impida la mediación debido a la dificultad para establecer un diálogo en condiciones adecuadas para llegar a un acuerdo, como señalan algunos autores respecto de los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>51</sup>.

Tras el análisis realizado, puede decirse a modo de conclusión que los delitos que no tienen por víctima una persona física determinada, no constituyen el campo más adecuado para la mediación, pero no deben quedar excluidos sin más y en todo caso de su ámbito de aplicación. Resulta aconsejable admitir la mediación también en los delitos cuya víctima no es una persona física determinada, cuando en el procedimiento puedan reconocerse los elementos fundamentales de la mediación (intermediación, diálogo y acuerdo reparador) y puedan lograrse, al menos en parte, los fines que corresponden a esta, aun cuando quede difuminada parcialmente su dimensión restauradora o reparadora para la víctima.

## 2. Delitos de violencia de género

### a) PLANTEAMIENTO

La pertinencia o no de los procesos de mediación en los delitos relativos a la violencia de género<sup>52</sup> es objeto de un debate, que tuvo

<sup>49</sup> Así, p. ej., la alteración de precios en concursos y subastas públicas, art. 262; la estafa de inversores, art. 282 bis; el abuso de información privilegiada, art. 285; la falsificación de documentos sociales, art. 290; delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 311 ss.

<sup>50</sup> Así, p. ej., los delitos de detracción del mercado de productos de primera necesidad, art. 281; el delito de publicidad engañosa, art. 282; el delito de corrupción entre particulares, art. 286 bis.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ CANO, 209, 42; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 325.

<sup>52</sup> El art. 1 LOMPIVG define la violencia de género al establecer el «objeto de la ley» diciendo: «1. La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones

poco eco en España, pero tras la prohibición de la LOMPIVG en 2004 y el importante incremento que ha sufrido la aplicación de procesos de mediación, son muy abundantes los pronunciamientos, sobre todo, en contra de la prohibición, como se verá más adelante. En cualquier caso, no conviene perder de vista la cautela aconsejada por ESQUINAS VALVERDE, que tras analizar la doctrina y los datos que ofrecen estudios empíricos, ambos extranjeros, concluye que hay una falta de evidencia científica a propósito de la viabilidad de la mediación en la violencia de género, porque no se ha tenido en cuenta la enorme variabilidad que puede presentarse en la práctica en cuanto a contexto, gravedad, etc.<sup>53</sup>. Cautela que asimismo aconseja la fuerte carga ideológica que soporta la regulación de estos delitos<sup>54</sup>.

Antes de analizar los argumentos a favor de la prohibición en los delitos de violencia de género, se expondrá la regulación legal española y, seguidamente, las pautas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa.

#### b) REGULACIÓN LEGAL: ART. 87 TER LOPJ

El art. 44 de la LOMPIVG adiciona el art. 87 ter a la LOPJ. Los cuatro primeros números de este artículo establecen los supuestos que son competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM), en el orden penal y en el civil, y su número 5 dispone: «En todos estos casos está vedada la mediación».

RODRÍGUEZ LAÍNZ entiende que la prohibición del art. 87 ter.5 LOPJ únicamente alcanza a la mediación civil, y no a la penal, basándose, en primer lugar, en una interpretación sistemática de los distintos números del precepto<sup>55</sup>; en segundo lugar, en la equiparación de los

---

similares de afectividad, aun sin convivencia. [2 ...] 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.»

A diferencia de las leyes precedentes, la LOMPIVG diferencia acertadamente la violencia de género de la violencia doméstica, véase al respecto ASUA BATARRITA, 2004, 218 ss.; LAURENZO COPELLO, 2005, 2 ss.

<sup>53</sup> ESQUINAS VALVERDE, 2008, 18 ss.; similar LARRAURI, 2007, 196.

<sup>54</sup> Véase por todos MAQUEDA ABREU, 2005, 18 ss.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ LAÍNZ, 2011, 1477 s., remitiéndose a RODRÍGUEZ LAÍNZ, 2006, 144 ss., parte de considerar que el art. 87 ter.1 LOPJ establece la competencia de los JVM en el orden penal, mientras que los números 2, 3 y 4 establecen su competencia en el orden civil. En este sentido indica que el n.º 2 «desarrolla el ámbito material de los procedimientos a que afecta»; que el n.º 3 define las circunstancias que dan lugar a su competencia en los asuntos de familia relacionados en el número anterior frente o en perjuicio de los

Juzgados de Instrucción y los JVM a la hora de instruir causas criminales y en la inexistencia de una norma procesal, que al modo del art. 49 bis LEC<sup>56</sup> haga referencia al privilegio que establece el art. 87 ter.4 LOPJ a favor de estos juzgados en el orden civil<sup>57</sup>; y, por último, en que esta interpretación no incurre en el sinsentido de entender que el texto legal prohíbe una mediación, como la penal, que a diferencia de la civil carece de regulación legal<sup>58</sup> —y, podría añadirse, que además «apenas existía en la realidad en 2004 fuera de la jurisdicción de menores»<sup>59</sup>—.

No obstante, la escasa claridad de los antecedentes legislativos<sup>60</sup>, la debilidad del argumento sistemático<sup>61</sup>, y la taxativa afirmación del

---

Juzgados de Familia; y que el n.º 4 establece una norma para la solución de conflictos de competencia en el orden civil que otorga una «especie de principio de prerrogativa, o *favor principis*, a favor del punto de vista del órgano especializado», esto es, del JVM. Ello le lleva a afirmar que sistemáticamente esto significa que el último número, el 5, se refiere a los precedentes 2, 3 y 4 y no al número 1.

Por su parte SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 324, indican que «es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil», pero considera excluida la mediación en estos delitos.

<sup>56</sup> El art. 49 bis LEC establece los casos en que decae la competencia de los juzgados civiles a favor de los JVM, cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.

<sup>57</sup> El art. 87 ter.4 establece: «Cuando el Juez apreciare que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano jurisdiccional competente».

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ LAÍNZ, 2011, 1478.

<sup>59</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 99.

<sup>60</sup> El número 5 del art. 44 de la LO 1/2004 y, por tanto, el número 5 del art. 87 ter LOPJ, no tiene su origen en el Proyecto del Gobierno sino en la enmienda 431 del Grupo Parlamentario Catalán. Esta enmienda fue defendida en los siguientes términos en el Pleno del Congreso por la Sra. Pigem i Palmés: «La enmienda 431 hace referencia a la necesidad de que en todos los casos en que hay violencia de género quede vedada explícitamente la mediación. Es evidente que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación es absolutamente inadecuada, tal como se sostiene en los foros especializados. A pesar de ello, aún existen situaciones en que se reconduce a la mediación aunque haya violencia, por lo que mantenemos la necesidad de que quede expresamente vedada» (*BOCG. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados*. Número 39, de 7 de octubre de 2004, p. 1717). El Pleno aprobó dicha enmienda e incorporó el número 5 al artículo 42 (p. 1728), posteriormente, artículo 44 de la LO 1/2004.

Debe notarse que, como se verá, este argumento se emplea en la doctrina para rechazar también la mediación penal y que bien podría referir la prohibición a la mediación en general sin distinguir entre civil y penal, aunque probablemente la Sra. Pigem estuviera pensando en la civil, ya que, como se ha indicado, la penal no está regulada y era casi inexistente en los años anteriores a la LO.

<sup>61</sup> Este argumento tiene dos puntos débiles. El primero, que no está claro —aunque sea plausible— que el art. 87 ter.4 se refiera únicamente a la resolución de conflictos competenciales del orden civil; de hecho, como indica el propio RODRÍGUEZ LAÍNZ, 2011, 1480 (n. 11), la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado,

texto del art. 87 ter.4 LOPJ, son las razones que probablemente lleven a la doctrina mayoritaria a considerar que el art. 87 ter.5 LOPJ prohíbe también la mediación penal<sup>62</sup>, que —como recuerda SÁEZ RODRÍGUEZ— se viene practicando en nuestro país a pesar de la ausencia de regulación en el ámbito del Derecho penal de adultos y ha resultado limitada por la prohibición<sup>63</sup>.

Por todo ello para la doctrina mayoritaria está vedada la mediación en los delitos a que se refiere el n.º 1 del art. 87 ter LOPJ, es decir, en los que son competencia de los JVM y parece fuera de dudas de que esta es la voluntad de la ley<sup>64</sup>. Como indica GUARDIOLA LAGO, conforme al art. 87 ter.5 LOPJ cabrían otros procesos de justicia restaurativa<sup>65</sup> e, incluso, puede interpretarse que dicho precepto no prohíbe la mediación en todos los casos de violencia de género sino tan sólo de los expresamente regulados en él y que además no la prohíbe después de la fase de instrucción por los JVM<sup>66</sup>.

---

apartado VI.A.2, así como distintos autores (CARBALLO CUERVO, M.A.: «Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Revista SEPÍN* [SP/DOCTR/2313]; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *La Ley*, núm. 6290, jueves 7 de julio de 2005; y SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Revista SEPÍN* [SP/DOCTR/2313564]), defienden la opinión contraria. El segundo punto débil es que el art. 87 ter.5 LOPJ al ser el último número podría referirse tanto a la atribución de competencia del orden penal (número 1) como del civil (números 2, 3, 4) sin que hubiera de verse en ello una quiebra sistemática.

<sup>62</sup> Así ALHAMBRA PÉREZ, 2010, 113; BARONA VILAR, 2011, 301; DÍAZ LÓPEZ, 2011, 19; DOMINGO DE LA FUENTE, 2011, 1515; ESQUINAS VILLVERDE, 2008, 16 s.; FERNÁNDEZ NIETO / SOLER RAMÓN, 2010, 32 s.; GARCÍA TORRES, 2010, 4; GONZÁLEZ CANO, 2009, 41; GUARDIOLA LAGO, 2009, 18; GUTIÉRREZ ROMERO, 2011, 1640 y 1645; LARRAURI, 2007, 105, y 2008, 238 s.; MARTÍN DIZ, 2009, 688; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 37 s.; RIOS MARTÍN *et al.*, 2012, 99; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 324; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 212; TORRES FERNÁNDEZ, 2011, 133; VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 127 s.

<sup>63</sup> SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 213; asimismo GUARDIOLA LAGO, 2009, 18.

<sup>64</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 127 s.

<sup>65</sup> GUARDIOLA LAGO, 2009, 20.

<sup>66</sup> GUARDIOLA LAGO, 2009, 29 ss. Véase también TORRES FERNÁNDEZ, 2011, 143.

SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 213 (n. 5), indica que en el *Proyecto de Mediación Penal de la Dirección de Ejecución Penal del Gobierno Vasco* se interpretaba el art. 87 ter.5 LOPJ en el sentido de que únicamente estaba vedado derivar asuntos al Servicio de Mediación desde los JVM, de forma que los asuntos instruidos por estos y ya en fase de enjuiciamiento en los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales o en fase de ejecución en los Juzgados competentes para ejecutar las sentencias, podían derivarse a mediación, porque no provenían ya de los JVM. Actualmente, si no estoy mal informado, no se hace esta interpretación, aunque todavía podría entenderse así el *Protocolo de funcionamiento del Servicio de mediación Intrajudicial. Procedimiento de Mediación Penal*, de la Dirección de Justicia del Departamento de Justicia y Administración Pública

Además la LO 15/2003 reformó el art. 57 CP, de modo que conforme a su n.º 2 es obligatoria en todo caso la imposición de la pena prevista en el art. 48.2 CP, prohibición de aproximación, que alcanza no sólo a la violencia de género sino también a la violencia doméstica, con lo que en unos y otros delitos dicha disposición legal viene a impedir cualquier acuerdo, cuyo contenido incluya una posible aproximación entre víctima e infractor<sup>67</sup>.

### c) EXCURSO: PAUTAS DE LAS NACIONES UNIDAS Y DEL CONSEJO DE EUROPA

En este punto únicamente se hace referencia a algunos documentos que permiten conocer las pautas de estos dos organismos internacionales, que no son coincidentes.

#### 1.º Naciones Unidas

El ordenamiento jurídico español no es el único que se inclina por prohibir la mediación en la violencia de género<sup>68</sup>. También se ha pronunciado en este sentido alguno de los documentos de las Naciones Unidas relativos a la violencia contra la mujer.

---

del Gobierno Vasco (junio 2012), cuyo apartado 3 (Órganos judiciales que pueden derivar y momentos procesales para la derivación) dice: «En principio no existe limitación en cuanto al órgano jurisdiccional con posibilidad de derivación, salvo los expresamente prohibidos (asuntos que traen origen en Violencia contra la Mujer), por lo que cabe la remisión desde todos los órganos de la jurisdicción penal, tanto unipersonales —Juzgados de Instrucción (incluidos los Juzgados Mixtos) y Juzgados de lo Penal— como colegiados —Audiencias Provinciales—. Tampoco está limitado a priori el momento procesal en el queden derivarse los asuntos a los servicios de mediación, siempre que se estime oportuno conforme a los criterios anteriormente enunciados».

Tiene presente también la posibilidad de interpretar el art. 87 ter.5 LOPJ en la forma que lo hacía el *Proyecto de Mediación Penal de la Dirección de Ejecución Penal del Gobierno Vasco*, DOMINGO DE LA FUENTE, 2011, 1516.

<sup>67</sup> ALHAMBRA PÉREZ, 2010, 113; BARONA VILAR, 2009, 41 s.; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 214. Pone de relieve esta dificultad detenidamente SÁEZ, C., 2010, 151 ss. VARONA MARTÍNEZ, 2009, 80, indica que en Euskadi en estos casos se suele recurrir a la mediación indirecta eludiendo así la dificultad de realizar la mediación directa, pero se entiende que el contenido del acuerdo no puede afectar al contenido de la pena que prohíbe la aproximación.

<sup>68</sup> En los documentos de las Naciones Unidas se utilizan las expresiones «violencia doméstica» y «violencia contra la mujer» con un significado que no es coincidente en todo caso y que difiere en ocasiones del de «violencia de género» de la LOMPIVG. Así se desprenden de una comparación entre la definición de «violencia doméstica» de *Strategies for confronting domestic violence: a resource manual*, 1993, Apartado I, A, que recoge el *Manual de legislación sobre violencia contra la mujer*, 2010, Apartado 3.4.1 y 2, y la del art. 1.1 y 3 de la LOMPIVG. No obstante, como tales diferencias no son relevantes para el objeto de este estudio, se dejan de lado.

El estudio *Estrategias para enfrentar la violencia doméstica: Un manual de recursos*, elaborado por el Centro para el Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de Viena de la Naciones Unidas (1993), muestra sus reservas respecto de la mediación en esta materia. Al referirse a la mediación subraya el desequilibrio de poder existente entre víctima y acusado y afirma que por ello es problemática; se hace eco de las razones que se alegan a favor y en contra de la mediación para estos delitos; entiende que es más útil en los casos en que la violencia ya ha cesado y el acusado admite su responsabilidad; y requiere que medie el consentimiento de la víctima<sup>69</sup>.

La *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*—Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de diciembre de 1993)— proclama que es obligación de los estados establecer sanciones penales y prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, pero no hace referencia alguna a la mediación u otros procesos de justicia restaurativa<sup>70</sup>.

La Resolución 1997/24 del Consejo Económico y Social, *Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer*, solicita la máxima difusión del documento *Estrategias para enfrentar la violencia doméstica: Un manual de recursos*, a que se ha hecho referencia<sup>71</sup>; y en su Anexo exhorta a los Estados a que tomen una serie de medidas de corte punitivo, pero no hace referencia alguna a la mediación u otros procesos de justicia restaurativa<sup>72</sup>.

A su vez, el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, *Poner fin a la violencia contra la mujer: De las palabras a los hechos* (2006), subraya la obligación de los estados de promulgar normas penales y proceder a la investigación, enjuiciamiento y castigo de los responsables de actos de violencia contra la mujer sin mencionar la mediación u otros procedimientos de justicia restaurativa<sup>73</sup>, y cuando se refiere a la reparación de los daños sufridos, a la restitución, a la compensación o a la satisfacción, lo hace en el marco de la obligación de los estados de «otorgar recursos justos y efectivos a las mujeres sometidas a violencia»<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> *Strategies for confronting domestic violence: a resource manual*, 1993, Apartado III. D. 9.

<sup>70</sup> Artículo 4, en especial, letras c y d.

<sup>71</sup> Números 6 y 7.

<sup>72</sup> Apartados I, II y IV.

<sup>73</sup> Apartado VI. C. 2. a y b.

<sup>74</sup> Apartado VI. C. 3.

Este Informe, por tanto, se pronuncia en el mismo sentido que con anterioridad la Resolución 58/147 de la Asamblea General, *Eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar*, de 22 de diciembre de 2003<sup>75</sup>, aprobada en la misma sesión plenaria (77.<sup>a</sup>) y día que la Resolución 58/185, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, que solicita al Secretario General la elaboración del informe indicado, que se presentará poco más de dos años después.

Por último, el *Manual de legislación sobre violencia contra la mujer*, elaborado por la División para el adelanto de la mujer del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría General (2010), recomienda «prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales»; y tras ofrecer distintos argumentos a favor de la prohibición afirma: «Un número creciente de países están prohibiendo la mediación en casos de violencia contra la mujer», y cita como ejemplo a España<sup>76</sup>.

Podría decirse, por tanto, que los documentos de las Naciones Unidas pretenden que los autores de los actos de violencia contra la mujer respondan criminalmente. Además contemplan la mediación con recelo<sup>77</sup>, hasta el punto de que el *Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* de 2010 acaba por recomendar su prohibición, porque es una vía alternativa a la vía penal, que retira asuntos del control judicial y que puede dar lugar a situaciones rechazables en cuanto presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambos son culpables de la violencia y reduce la responsabilidad del agresor<sup>78</sup>. Argumentos sobre los que se volverá más adelante (apartado II.2.d), ya que son los que ordinariamente se alegan para fundamentar la prohibición.

## 2.º Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa no está presente la tendencia a prohibir la aplicación de la mediación en los delitos de violencia contra las mujeres.

La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Protección de las mujeres contra la violencia*, Rec (2002) 5, propone

<sup>75</sup> Número 7. a, b y j.

<sup>76</sup> Apartado 3. 9. 1.

<sup>77</sup> Así *Strategies for confronting domestic violence: a resource manual*, Apartado III. D. 9 y la Resolución 1997/24 del Consejo Económico y Social.

<sup>78</sup> Apartado 3. 9. 1.

la adopción de una serie de medidas de orden penal y procesal penal, que aseguren la imposición de penas a quienes realicen actos de violencia contra las mujeres, pero no hace referencia alguna a la mediación ni a otros procesos de justicia restaurativa<sup>79</sup>.

A su vez el reciente *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (Estambul, 11 de mayo de 2011) en su artículo 48.1 prohíbe «los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio», de forma que deja abierta la posibilidad a su aplicación, salvo que sea obligatoria. Esta exigencia de voluntariedad se viene considerando como uno de los principios básicos de la justicia restaurativa<sup>80</sup>.

#### d) ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN Y CRÍTICA

Conviene detenerse en ver cuáles son los argumentos en que se apoya la prohibición del art. 44.4 de la LO 1/2004 y en consecuencia del 87 ter.5 LOPJ, así como la recomendación de prohibirla del *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer* de las Naciones Unidas. ¿Cuáles son los riesgos o daños que entraña la aplicación de la mediación en este campo y se quieren evitar? Al mismo tiempo se hará una evaluación de los distintos argumentos. En lo fundamental son dos los argumentos que están en la base de la prohibición.

#### 1.º Degradación de la gravedad del hecho

Una de las objeciones que se hacen a la aplicación de la mediación en estos delitos y que aunque no sea de forma expresa, está en la base de la prohibición del art. 87 ter.5 LOPJ, es que sugiere que los actos de violencia de género no son conductas graves merecedoras de sanción penal como delitos, es decir, que degrada la gravedad del hecho<sup>81</sup>. Se indica que transmite la idea de que se trata en último

<sup>79</sup> Anexo a la *Recomendación*, números 34 a 49.

<sup>80</sup> BARONA VILAR, 2011, 267; DEL MORAL GARCÍA, 2010, 55 s.; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 84; SÁEZ *et al.*, 2008, 319.

<sup>81</sup> Recuerda esta posición TORES FERNÁNDEZ, 2011, 148 ss., que se remite a ESPÍN ALBA, I., «Mediación familiar y violencia de género: encuentros y desencuentros, en PÉREZ VALLEJO, A.M. (coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombre. Diagnóstico y perspectiva*. Barcelona, 2009, 290; «Strategies for confronting domestic violence: a resource



término de un conflicto privado que puede resolverse entre los interesados —y no de un auténtico delito público—, y de que en alguna medida ambas partes son culpables y por ello el agresor no es tan responsable. Con ello vendría a menos el logro conseguido por los movimientos feministas de que se tenga presente la dimensión pública de esta violencia que se ejerce en el ámbito privado, familiar, y de que sea considerada delictiva dada su gravedad. La mediación conllevaría, por tanto, la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal y no satisfaría los fines de prevención general que está llamado a producir<sup>82</sup>.

Este reproche, como pone de relieve LARRAURI, tiene mucho que ver con la forma en que se establezca la relación de la mediación con el sistema penal; si la mediación es tan sólo una forma de derivar el hecho fuera del sistema penal (*diversion*), el reproche estaría fundado<sup>83</sup>, pero si se trata de mediación intrajudicial, que tiene lugar en la fase de instrucción, de enjuiciamiento o de ejecución, como son las experiencias que se están llevando a cabo en España y los modelos que mayoritariamente se proponen<sup>84</sup>, realmente el reproche carece de fundamento, porque los actos constitutivos de delito no dejan de serlo por su derivación a la mediación y se sancionan por el órgano jurisdiccional competente conforme a las previsiones legales establecidas para ellos, de forma que no se degrada la gravedad del hecho, ni se privatiza el conflicto, ni es una justicia que sale «barata» porque resulta suficiente el entendimiento entre las partes que se refleja en el correspondiente acuerdo<sup>85</sup>. Por ello puede afirmarse que, al menos, en la mediación intrajudicial, no se pierden ni los aspectos positivos de carácter simbólico que tiene el derecho penal, ni los efectos de prevención general que está llamado a producir<sup>86</sup>.

---

*manual*, Apartado III. D. 9, 1993. Véanse en LARRAURI, 2008, 226 ss., amplias referencias a la doctrina anglosajona.

<sup>82</sup> ESQUINAS VALVERDE, 2008, 66, con amplias referencias de la doctrina alemana y anglosajona; asimismo VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 101 s.; similar DOMINGO DE LA FUENTE, 2011, 1517; GONZÁLEZ CANO, 2010, 28.

*Strategies for confronting domestic violence: a resource manual*, 1993, Apartado III. D. 9; *Manual de legislación sobre violencia de la mujer*, 2010, Apartado 3.9.1.

<sup>83</sup> LARRAURI, 2008, 227, citando a HUDSON, B., «Restorative Justice and Genderer Violence», en *British Journal of Criminology*, 2002, 42: 616-634.

<sup>84</sup> Véase MORENO, 2012, 6 s.; PANTOJA GARCÍA, 2011, 199; PASCUAL RODRÍGUEZ, 2011, 191 ss.; RÍOS MARTÍN / OLAVARIA IGLESIAS, 2007, 1 ss.

<sup>85</sup> En este sentido DOMINGO DE LA FUENTE, 2011, 1517; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 55 s.; GUTIÉRREZ ROMERO, 2011, 1642; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 28 s.; Ríos *et al.*, 2011, 81 ss.

<sup>86</sup> ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 56 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2008, 488 ss.

En caso de que la regulación legal de la mediación llegara a permitir la elusión del proceso y de la pena respecto de algunos actos de violencia de género, necesariamente a causa de su escasa gravedad, la situación sería distinta<sup>87</sup>. De todos modos debe reconocerse, en primer lugar, que el hecho por ello no deja de ser constitutivo de ser infracción penal, ni pierde la valoración negativa que su tipificación entraña; en segundo lugar, que el proceso de mediación y la intervención judicial, previa y posterior a él, no permiten afirmar que se privatiza el conflicto; y, por último, que no podrá decirse que la justicia sale «barata», ya que dependerá de lo gravoso del acuerdo y, en su caso, de las consecuencias de su incumplimiento, así como del propio hecho del proceso de mediación y de lo que representa. Además cabe afirmar que con la mediación se contribuye a que se alcancen los efectos que corresponden al Derecho penal, de prevención general positiva —confirmación de la vigencia de la norma; pacificación social—, de prevención general negativa —a la vista de los costes para el agresor del proceso de mediación, no sólo los del contenido de acuerdo, sino también los de ser sometido a un proceso<sup>88</sup>...— y de prevención especial —asunción de la responsabilidad por el hecho y reconocimiento de la vigencia de la norma<sup>89</sup>—. No parece, pues, que la aplicación de la mediación en las infracciones penales de violencia de género de escasa gravedad, que permitiera eludir el proceso y la pena, vaya a tener efectos tan negativos como se apuntan. Además no puede pasarse por alto que la sujeción a un proceso y la imposición de una pena, incluso de prisión, puede dar lugar por vía de la suspensión de la ejecución de la pena a una solución tan poco «punitiva» como la mediación<sup>90</sup>.

Este argumento, por tanto, no es suficiente para fundamentar la prohibición de la mediación en estos delitos al modo de la LO 1/2004.

---

<sup>87</sup> Viene a hacer una propuesta de esta índole con carácter general para las faltas PANTOJA GARCÍA, 2011, 200.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 55 s., indica que en la aplicación de la mediación que se está llevando a cabo actualmente, que se vale de los efectos jurídicos de las instituciones vigentes, en los juicios de faltas se produce en ocasiones la absolución por falta de pruebas ante la ausencia de declaración de las partes. No obstante, hay que tener presente que los arts. 153, 171.4 y 172.2 CP han reducido drásticamente el campo reservado a las faltas en la violencia de género.

<sup>88</sup> En este sentido se pronuncian los participantes en procesos de mediación en Euskadi, según recoge VARONA MARTÍNEZ, 2009, 101.

<sup>89</sup> ECHANO, 1999, 140 s. y 158 s.; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 56 ss.; PÉREZ SANZBERRO, 1999, 369 ss.

<sup>90</sup> LARRAURI, 2008, 228.

## 2.º Desequilibrio de poder entre víctima y agresor

La objeción de mayor relevancia que se le plantea a la mediación en los delitos de violencia de género y a la que se refiere de forma expresa el legislador español<sup>91</sup>, hace referencia a la situación de desigualdad, de desequilibrio de poder, en que se encuentra la mujer maltratada frente a su agresor<sup>92</sup>. La mujer, se afirma, no está en condiciones de abordar un encuentro con su agresor, en el que pueda expresar con firmeza sus opiniones, sus necesidades, sus exigencias y alcanzar un acuerdo equilibrado. Se entiende que la situación de dominio creada por el agresor no permite construir el espacio de libertad imprescindible para llegar a relacionarse en condiciones de igualdad con él, asumir compromisos y alcanzar un acuerdo, de forma que existe el riesgo de que el agresor acabe imponiendo de forma más o menos sutil su voluntad<sup>93</sup>. Además

<sup>91</sup> Véase la fundamentación de la enmienda 431, del Grupo Parlamentario Catalán, en la que tiene origen el precepto en la nota 60.

<sup>92</sup> ESQUINAS VALVERDE, 2008, 59 ss., cuenta entre los argumentos contra la aplicación de la mediación en estos delitos que «la mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones». Se hace eco de la opinión de Trina GRILLO («Mediation als Alternative? Risiken der Mediationsverfahren für Frauen», en *Revista Streit*, 2001, cuaderno 3, pp. 91-103, y 4, pp. 140-148) para quien difícilmente las mujeres, cualquier mujer —pero también miembros de otros grupos desfavorecidos y debilitados—, estarán en pie de igualdad para llevar a término adecuadamente un proceso de mediación, ya que en muchas ocasiones no son capaces de ver sus propios intereses como legítimos, ni percibir como ofensas las actitudes de otras personas y, por tanto, de hacer responsables y exigir una reparación a otros por sus actos; situación de supeditación que explican por la asunción de determinados roles y valores que les son atribuidos e imbuidos socialmente (empatía, conciliación, responsabilidad por los más próximos, cooperación y colaboración en la solución de los problemas,...) y que implican el riesgo de que adopten una posición de inferioridad, de forma que la mediación no sería satisfactoria para ellas por perjudicial. En el mismo sentido asimismo VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 105 ss., con referencias.

Esta apreciación, llena de sentido, puede verse —y así se hace en el texto— como un elemento que está en la base y potencia el desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor.

<sup>93</sup> Esta razón lleva a MARTÍN DIZ, 2009, 676 y 681s., que cita a PUEYO LAVIN, M., «La protección de la víctima en la violencia de género», en A. FIGUERUELO BURRIEZA, *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, Granada, 2008, p. 393, a rechazar prácticamente en todos los supuestos la mediación (p. 684, 687).

Se refieren de una u otra forma y toman en consideración este argumento, aunque solamente sea para limitar los casos en los que consideran pertinente la mediación, DOMINGO DE LA FUENTE, 2011, 1516 y 1519; ESQUINAS VALVERDE, 2008, 71 ss., con amplias referencias de la doctrina alemana y anglosajona; DEL MORAL GARCÍA, 2010., 67; ESTIRADO DE CABO, 2007, 3; GUTIÉRREZ ROMERO, 2011, 1644; LARRAURI, 2008, 229 s.; RÍOS MARTÍN, *et al.*, 2012, 99 s.; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 324; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 214 ss.; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2010, 18.

por esta vía puede producirse una «revictimización» de la mujer maltratada al confrontarla con su agresor, al que tiene miedo, frente al que se siente insegura, en una palabra, frente a quien está en una situación de desequilibrio de poder<sup>94</sup>.

Es cierto que en cualquier caso resulta difícil para la víctima participar en un proceso de mediación, determinando cuáles son sus intereses y sabiendo defenderlos frente al victimario, de forma que logre alcanzar un acuerdo satisfactorio y equilibrado. La mediación requiere de la víctima, de cualquier víctima, un importante esfuerzo personal para enfrentarse a esta situación, asumiendo plenamente la propia autonomía y responsabilidad, lo que no está siempre al alcance de todas las personas, y así sucederá a un alto número de mujeres que han sufrido violencia de género<sup>95</sup>.

Pero lo expuesto no fundamenta suficientemente que la mediación deba quedar excluida en todo caso en los delitos de violencia de género. Dentro de la denominada violencia de género caben situaciones extraordinariamente dispares. Desde hechos ocasionales, aislados (en ocasiones, mutuos), constitutivos de delitos leves, hasta hechos de extraordinaria gravedad que se presentan como la culminación de una carrera de violencia psíquica y física de dominación machista creciente, pasando por una abigarrada gama de situaciones intermedias<sup>96</sup>. Ni todos los casos son de violencia psíquica o física reiterada o grave, ni puede creerse que «las expresiones leves y ocasionales de violencia de género significan —en todo caso— la manifestación de una relación de pareja marcada por la desigualdad y el machismo y el primer esta-

---

<sup>94</sup> LARRAURI, 2008, 229. También se hace eco de estos riesgos con carácter general, no sólo para las víctimas de violencia de género, la Directiva 201/20/UE de 25 de octubre en su Considerando 46 y en su art. 12.

<sup>95</sup> Subraya este aspecto ESQUINAS VALVERDE, 2008, 59, que recoge la opinión de Christa PELIKAN (Die Mühen der Ebene: Aus der empirischen Forschung zur Familienmediation und zur Mediation in Strafrechtsangelegenheiten, en *Jahrbuch für Rechts: und Kriminalsoziologie*, 1999 —*Mediationsverfahren, Horizonte, Grenzen und Innensichten*—, Nomos Verlagsg., Baden-Baden, pp. 139-161), para quien por esta razón es mejor que determinadas personas acudan al proceso formal ante el Juez con su abogado; y entiende como conveniente que las mujeres que vivan o hayan vivido sometidas a una relación matrimonial tradicional, de poder, dejen de lado la mediación, porque esta requiere que los interesados participen y cooperen por igual en la búsqueda de una solución, lo que exige un equilibrio de poder entre las partes.

<sup>96</sup> Subrayan este aspecto ESQUINAS VALVERDE, 2008, 22; ESTIRADO DE CABO, 2007, 2 s.; GUTIÉRREZ ROMERO, 2011, 1644; MANZANARES SAMANIEGO, 2007, 131 s.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 36 s.; MARTÍNEZ GARCÍA, 2011, 14; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 100 ss.; RODRÍGUEZ LAÍNZ, 2011, 1476. Crítica también con el texto legal por esta razón MAQUEDA ABREU, 2007, 22 ss.

dio en una escalada de gravedad e intensidad en la violencia infligida que —de no ser atacada a tiempo— culminará indefectiblemente en la muerte de la mujer a manos del maltratador»<sup>97</sup>. Tampoco son iguales las condiciones y circunstancias personales de las víctimas de la violencia de género, de modo que la afectación que produce la violencia sufrida, sea física o psíquica, tampoco es la misma<sup>98</sup>. Todo ello pone de relieve que hay hechos que tienen cabida en la calificación jurídica de violencia de género y no dan lugar a una situación de dominación del agresor sobre la mujer víctima<sup>99</sup>, es decir, que no siempre existe una situación de desequilibrio de poder que cierre, que deba cerrar, el paso a la mediación<sup>100</sup>. En buen número de supuestos podría llevarse a cabo una mediación con garantías por no existir una situación de desigualdad o por ser esta manejable por mediadores conscientes de la misma, cuestión que a juicio de MARTÍNEZ GARCÍA, compete determinar al órgano jurisdiccional<sup>101</sup> y posteriormente a los mediadores. Además no puede pasarse por alto, como indica ESQUINAS VALVERDE, que en determinados casos de desequilibrio de poder, puede reequilibrarse la posición de la mujer mediante procesos de «fortalecimiento» o «adquisición de poder» (*empowerment*), de forma que la parte más débil queda capacitada para intervenir con sus propios medios en el proceso de mediación<sup>102</sup>.

La desigualdad de poder entre mujer víctima y agresor supone una importante llamada de atención sobre la necesidad de ser cautelosos y tomar medidas eficaces con el fin de evitar los riesgos que entraña una mediación desequilibrada, en condiciones que resultarían seriamente perjudiciales para la mujer por sufrir una «revictimización», por llegar a un acuerdo desfavorable o por ambas cosas. Pero no permite fundamentar su prohibición en todo caso, ya que se trata de conjurar

<sup>97</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 37, citando a SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 250. No obstante, parece deslizarse esta idea, si bien mucho más matizada, en el *Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género* del CGPJ, 2011, 9.

<sup>98</sup> Como dice LARRAURI, 2007, 105, «el universo de las mujeres maltratadas no es un bloque monolítico y es erróneo legislar e imponer una única visión al resto de las mujeres maltratadas»; «la “mujer maltratada” es una etiqueta que esconde realidades y necesidades muy diversas». En el mismo sentido TORRES FERNÁNDEZ, 2011, 144, que se remite a la opinión de los mediadores.

<sup>99</sup> Expresamente GUTIÉRREZ ROMERO, 2011, 1644, citando a RODRÍGUEZ LAÍN, 2011,

<sup>100</sup> Resulta de interés al respecto SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2010, 5 ss., que explica la regulación legal de la violencia de género y, en concreto, la unificación legal de conductas dispares desde una perspectiva penal fundada en la estrategia actuarial.

<sup>101</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, 2011, 21.

<sup>102</sup> ESQUINAS VALVERDE, 2008, 85 ss., detenidamente con referencias a la doctrina anglosajona y alemana.

un peligro que no siempre existe. Buena prueba de ello es la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, que a pesar de su preocupación por la protección de las víctimas, no la prohíbe en estos delitos por considerar suficientes las condiciones que establece en su artículo 12.

#### e) EL EXCESIVO PRECIO DE LA PROHIBICIÓN

Para justificar la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género también han de tomarse en consideración los efectos no deseados que produce la prohibición, es decir, el precio que se paga con ella, que ciertamente no es desdeñable.

Negar la posibilidad de acudir a la mediación en todo caso, incluso, contra la voluntad de la mujer, en atención a una asimetría de poder frecuente —pero no comprobada en el caso concreto—, con el fin de proteger a la parte que se considera más débil, responde a un «modelo sobreprotector»<sup>103</sup>, que no considera a la mujer maltratada con capacidad para participar en el proceso de mediación defendiendo sus intereses a favor de un acuerdo reparador satisfactorio<sup>104</sup>; que toma decisiones en nombre de la víctima, pero sin su concurso y, a veces contra su voluntad abiertamente manifestada<sup>105</sup>; que, en último término, ve a la mujer maltratada como «un ser alienado por el cual hay que decidir»<sup>106</sup>.

Este modelo sobreprotector<sup>107</sup> no se ajusta a la realidad y por ello no da una respuesta satisfactoria. A la vista de los datos sobre los delitos de violencia de género resulta dudoso que la política criminal que

<sup>103</sup> La expresión es frecuente en la doctrina. Puede verse, entre otros, en ESTIRADO DE CABO, 2007, 3; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 99.

<sup>104</sup> ESTIRADO DE CABO, 2007, 3; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 99 s.;

<sup>105</sup> SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 223.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 37. Muy crítica también MAQUEDA ABREU, 2007, 22 ss.

Cabe señalar a este respecto que la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre toma en consideración en este campo la voluntad de la mujer víctima. En su art. 22. 1 establece una «evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección» y las medidas especiales de que podrían beneficiarse en el curso del proceso penal; y en el art. 22. 3 dispone que «a este respecto serán objeto de debida consideración las víctimas [...] de violencia de género...». Pero este mismo precepto en su apartado 6 dice: «Las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación de las víctimas y deberán tener en cuenta sus deseos, incluso cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los artículos 23 y 24». Aunque estos artículos se refieren al curso del proceso penal, no a los procesos de justicia reparadora, destaca frente a la LO 1/2004 la atención a la voluntad de la mujer.

<sup>107</sup> MAQUEDA ABREU, 2007, 21, entiende que el modelo de protección de la mujer de la LO 1/2004, se construye «desde la visión del feminismo institucional».

se está siguiendo, sea eficaz<sup>108</sup> y ciertamente no se adecua a los intereses y a las necesidades de las mujeres objeto de violencia, que no encuentran respuesta, al menos suficiente, por la vía del proceso penal<sup>109</sup>, como muestran esas reacciones «inexplicables» de las mujeres que renuncian a continuar con el proceso, solicitan que se suspendan las medidas cautelares o se conforman al quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximación<sup>110</sup>. No parece aceptable, por tanto, centrarse y fiarlo todo a un programa marcada y meramente punitivo—hasta el extremo de que condiciona los recursos asistenciales a la denuncia por parte de la mujer<sup>111</sup>—, que entraña el riesgo de estigmatizar a la mujer víctima, fomentando su peor imagen de ser desvalido, necesitado de que otro tome las decisiones por ella, y de excluir la aplicación de los procesos de mediación a los delitos de violencia de género, cuando precisamente en los delitos de carácter relacional como estos, es donde están de acuerdo los expertos en que tiene mayor rendimiento por prestar atención de forma más satisfactoria a los intereses y necesidades tanto de carácter económico como personal de la víctima (de seguridad, de autoafirmación, de reivindicación de sus derechos)<sup>112</sup>.

A este precio deben sumarse otros conceptos. En primer lugar, la renuncia a mejores resultados en cuanto a reinserción de los agresores. Los procesos de mediación parten del diálogo, del reconocimiento del

---

<sup>108</sup> Véase SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 214 ss. Pérez Ginés, 2010, 1651 s., concluye que ha fracasado la política criminal de endurecimiento y señaladamente uno de sus instrumentos, las medidas de protección. MARTÍN, J. / CANO, F. / DAPENA, J., 2011, 701, ponen de relieve en las recomendaciones que extraen de la experiencia catalana que sería deseable abrir esta materia a la mediación.

<sup>109</sup> FERNÁNDEZ NIETO / SOLÉ RAMÓN, 2010, 46 s.

<sup>110</sup> LARRAURI, 2008, 95 ss. y 167 ss.; MAQUEDA ABREU, 2005, 225 ss.; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 234 ss., 254 ss., 216 ss.

<sup>111</sup> MAQUEDA ABREU, 2005, 27, que se refiere a «una llamada indiscriminada al aparato penal»; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 270 ss. Sin embargo, el *Informe de Expertos en violencia doméstica y de género* del CGPJ, 2011, mantiene firmes sino incrementa las propuestas punitivistas.

<sup>112</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 36 s.; RIOS MARTÍN *et al.*, 2012, 101; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 271; VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 108 ss., subrayando el mayor grado de satisfacción de las víctimas; similar GUARDIOLLA LAGO, 2009, 33 ss.

SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 324, indican que conforme a todos los expertos consultados es «posible y recomendable», cuando los mediadores la consideren viable «en función de las posiciones emocionales de cada una de las personas intervinientes»; en el mismo sentido ALONSO SALGADO / TORRADO TARRÍO, 2011, 587, remitiéndose a la experiencia comparada. En el mismo sentido GUTIÉRREZ ROMERO, 2011, 1644, que se remite a las conclusiones de distintos seminarios y coloquios sobre mediación.

Sobre las ventajas que en general tiene la mediación, porque en ellos se toma a «la víctima como protagonista», véase RIOS MARTÍN *et al.*, 2012, 65 ss.

otro como persona y por ello facilitan la asunción de responsabilidad, abren la posibilidad de reconciliarse y de solicitar y recibir perdón<sup>113</sup>; además el acuerdo frecuentemente contiene el compromiso de recibir el tratamiento psicológico adecuado. Todo ello rompe con una cierta tendencia a considerarlos como personas, en alguna medida, malvadas o perturbadas<sup>114</sup> e irrecuperables<sup>115</sup>, que no está comprobada y se aleja de sus necesidades de reinserción.

En segundo lugar, la renuncia a servirse de un método que se fundamenta en el reconocimiento del otro como persona, en el diálogo, en la búsqueda responsable y equilibrada de una solución pacífica por los implicados en el conflicto que entraña el delito<sup>116</sup>; un método que sin duda y al igual que el resto de las normas penales, produce efectos simbólicos positivos sobre los valores que sustentan un estado democrático, y que además resulta más satisfactorio para la víctima y para el victimario, que lo perciben como más justo precisamente por su forma de forma de proceder<sup>117</sup>, y que parece reducir la reincidencia<sup>118</sup>.

Por último, la prohibición de la mediación parece dudar no sólo de la capacidad de la mujer sino también de la capacidad profesional de los mediadores. A ellos corresponde garantizar que el proceso se lleva en condiciones<sup>119</sup> y no se permite que sean ellos quienes a la vista de

<sup>113</sup> Sobre estas posibilidades véase RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 72 ss. VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 109, pone de relieve que facilita el reconocimiento de los hechos por el agresor.

<sup>114</sup> Véase a este respecto el *Informe de Expertos en violencia doméstica y de género* del CGPJ, 2011, p. 40, que tras analizar las sentencias de homicidio y asesinato (una muestra en absoluto representativa de la violencia de género) entiende que la confesión en estos casos «lleva más un componente de jactancia o de reafirmación de lo realizado que un propio arrepentimiento», por lo que proponen abrir el debate sobre la aplicación de esta atenuante a todos los delitos de violencia de género!

<sup>115</sup> El *Informe de Expertos en violencia doméstica y de género* del CGPJ, 2011, 9, afirma que «la experiencia demuestra que, una vez que ha surgido el primer episodio de maltrato, y a pesar de las muestras de arrepentimiento del agresor que pueden suceder tras él, la probabilidad de que surjan nuevos episodios violentos se incrementa».

<sup>116</sup> Véase VARONA MARTÍNEZ, 2009, 301 s.

<sup>117</sup> A este respecto es de extraordinario interés —porque sorprende positivamente— la información que ofrece sobre la mediación en Euskadi (oct. 2008-set. 2009) VARONA MARTÍNEZ, 2009, 80 ss., 330, sobre el grado de satisfacción de los que han participado en procesos de mediación y sobre los resultados que dicen haber obtenido. En el mismo sentido VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 110, refiriéndose a las experiencias anglosajonas.

<sup>118</sup> En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, refiriéndose a los delitos violentos en general y basada en estudios anglosajones.

<sup>119</sup> Véase al respecto LAUCIRICA ARRIOLA, 2011, 209 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39 ss.; PÉREZ SANZBERRO, 1999, 197 ss.; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 329 ss.

La Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre en su art. 25.4 impone a los estados miembros la obligación de fomentar iniciativas en orden a la formación adecuada de las personas que presten servicios de apoyo a las víctimas y servicios de justicia reparadora.



las condiciones y circunstancias personales de la víctima determinen si concurre o no la posibilidad de que la mediación pueda ser realizada en condiciones de igualdad y llegar a buen puerto.

#### f) RECAPITULACIÓN

Las objeciones que se hacen a la aplicación de la mediación en los delitos de violencia de género, como se ha expuesto, no fundamentan suficientemente la prohibición y las contrapartidas o precio de la prohibición son altas, de forma que no queda justificada la prohibición de modo convincente. De esta opinión es la doctrina que podríamos calificar de mayoritaria<sup>120</sup>, como se ha podido ver en las referencias que se han incluido a lo largo del apartado. En esta línea puede verse que el Convenio del Consejo de Europa contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 7 de abril de 2011 y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, no prohíben la mediación en los delitos de violencia de género.

Esta opinión, sin embargo, no es opuesta a apuntar distintas cautelas —más allá de la ineludible voluntariedad que se presenta más bien como un principio regulador de la mediación<sup>121</sup>—, que se entiende deben tomarse en esta materia para neutralizar el riesgo de que se produzcan mediaciones inapropiadas, que generen, como se ha indicado, una revictimización, den lugar a un acuerdo desfavorable o a ambas cosas<sup>122</sup>.

Algunos autores prestan atención a las conductas violentas con el fin de limitar la mediación a supuestos adecuados. En este sentido ESQUINAS VALVERDE considera que debe dejarse de lado la mediación en casos de una prolongada historia de agresiones, maltrato y dominación por parte del hombre sobre su (ex)pareja, mientras que una mediación intrajudicial podría ser adecuada y ventajosa para supuestos de violencia aislados o esporádicos, porque podría atender a las necesidades de ambas partes, respectivamente: seguridad, autoafirmación y reivindicación de sus derechos y tratamiento psicológico, asunción de responsabilidad y posibilidad de solicitar y recibir perdón<sup>123</sup>. Otros prestan aten-

<sup>120</sup> Así VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 128.

<sup>121</sup> DEL MORAL GARCÍA, 2010, 55 ss.; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 84; SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2008, 319.

<sup>122</sup> En este sentido, entre otros, ESQUINAS VALVERDE, 2008, 130 ss.; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 101 s., citándose y remitiéndose a las experiencias realizadas; VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 128; similar BELLOSO MARTÍN, 2010, 15,

<sup>123</sup> ESQUINAS VALVERDE, 2008, 130 ss.; RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 101 s.; similar BELLOSO MARTÍN, 2010, 15. En sentido próximo SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2011, 19, indica que podría limitarse la prohibición a los casos de violencia grave (citando a LARRAURI, 2007, 106), conceptualizando como tales los de violencia crónica (citando a GORDILLO, 2007, 203).

ción a los diferentes modelos de mediación e indican que en ocasiones podría ser conveniente recurrir a la mediación indirecta<sup>124</sup>. Asimismo se apunta a que el mediador debe tener una especial cualificación, p. ej., que sea psicólogo, o a que tenga una específica formación o a que los mediadores sean varios<sup>125</sup>.

Estas cautelas y las establecidas por la Directiva 2011/29/UE, de 25 de octubre, parecen suficientes junto a las que a la vista del caso concreto deban tomar los mediadores, señaladamente, en atención a las posibles situaciones de desigualdad, para que pudiera aplicarse con éxito, en su caso, la mediación también a los delitos de violencia de género.

En cualquier caso en este momento no está de más recordar y sumarse a las conclusiones del Curso de Formación organizado por el CGPJ en colaboración con la Fiscalía General del Estado, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006 en Barcelona:

«9. Se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho —siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes—, relaciones familiares, vecinales y relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que intentar reconstruirlo resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactoria. Por ello, se valora como desacertada la previsión del art. 44 de la LO 1/2004 que prohíbe la mediación en el ámbito de violencia sobre la mujer.»<sup>126</sup>

Solicitud a la que habría de añadirse la de la derogación del art. 57.2 CP que obliga a imponer necesariamente la pena de alejamiento del art. 48.2 del mismo texto legal y que tiene el mérito de que el Fiscal General del Estado haya solicitado su derogación tras una vigencia ciertamente agitada<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> LARRAURI, 2008, 229 s. Sobre la mediación indirecta véase RÍOS MARTÍN *et al.*, 2012, 134 s.; PASCUAL RODRÍGUEZ, 2007, 2.

<sup>125</sup> Así respectivamente SÁEZ RODRÍGUEZ *et al.*, 2011, 324; LARRAURI, 2008, 230.

<sup>126</sup> Citado literalmente por ALONSO SALGADO / TORRADO TARRÍO, 2011, 587.

<sup>127</sup> La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012 propone eliminar el art. 57.2 CP (1263 s.) Sobre los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase SÁEZ, 2010, 151 ss.

### 3. *Delitos graves (incluidos los de terrorismo)*

La doctrina se cuestiona si debe o no excluirse la mediación en los delitos graves<sup>128</sup>. Parece difícil tras una muerte, unas lesiones graves, un secuestro,... hablar de encuentros o diálogos restaurativos, de mediación, es decir, de un diálogo entre víctima y victimario en el que se reconozcan mutuamente como personas y lleguen a un acuerdo de reparación e, incluso, de reconciliación o de perdón. Dificultad que se ve incrementada en los casos de terrorismo, en primer lugar, porque se cometen delitos tan graves como los indicados y además se llevan a cabo en el marco de una organización armada, que pretende aterrorizar a la mayoría de la sociedad y obtener así determinados fines políticos, lo que dota a estos delitos de una vertiente lesiva que va más allá del daño causado a la víctima directa e inmediata del hecho y afecta a la sociedad toda con la consiguiente repercusión social y política; en segundo lugar, porque los victimarios están incardinados en un grupo fuertemente ideologizado que justifica la comisión de estos delitos y acaba por despersonalizar totalmente a la víctima, lo que se opone frontalmente al punto de partida de la justicia restaurativa; y, por último, porque las víctimas, al menos una importante parte de ellas, se encuentran agrupadas en asociaciones que se oponen de forma más o menos drástica a que las víctimas participen en procesos de justicia restaurativa.

Sin embargo, como indica BARONA VILAR, la gravedad del delito es un criterio que cada vez tiene menor importancia en los ordenamientos jurídicos a la hora de limitar el ámbito de la mediación, es de-

---

<sup>128</sup> No es claro el concepto de delitos graves, que tiene presente la doctrina, pero puede verse que los ejemplos que ordinariamente utiliza, son de delitos de notable gravedad sobre todo cuando se refieren al terrorismo (véase SÁEZ VALCÁRCEL, 2011, 174 s.), pero la referencia obligada parece que debe ser la que establece el Código penal, como hace expresamente ETXEBARRIA ZARRABEITA, 2011, 55. Conforme al art. 13. 1 CP: «Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave»; y el art. 33.2 CP reza: «Son penas graves: a) La prisión superior a cinco años. b) La inhabilitación absoluta. c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. h) La prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La privación de la patria potestad».

cir, que en la mayor parte de los países no se establece un elenco cerrado de delitos<sup>129</sup>, y en el mismo sentido afirman de forma más directa RÍOS MARTÍN *et al.* que «todos los delitos, incluso, los más graves, son susceptibles de trabajarse en procesos restaurativos»<sup>130</sup>. Aunque cause extrañeza, esta opinión se puede apoyar tanto en experiencias llevadas a cabo en el extranjero<sup>131</sup> como, en menor medida, en Euskadi, también en relación con los delitos de terrorismo<sup>132</sup>. Experiencias que vuelven a poner de manifiesto que lo relevante para poder acceder a la mediación, no es tanto la gravedad del delito como el perfil subjetivo de quienes vayan a participar en ella, de forma que la interlocución propia de la mediación pueda producirse en las debidas condiciones de igualdad y llegarse a un acuerdo de reparación<sup>133</sup>. De hecho la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, a pesar de que toma en consideración las posibles necesidades específicas de las víctimas de delitos graves especialmente vulnerables y se refiere entre ellas a las de delitos terroristas, no prohíbe los procesos de justicia restaurativa en ellos<sup>134</sup>.

No obstante, no faltan opiniones contrarias que defienden que se deberán trazar límites cuantitativos (por la pena a imponer) y/o cualita-

<sup>129</sup> BARONA VILAR, 2010, 243; y 2011, 288 s., que se refiere a Alemania, EEUU, Inglaterra, Países Escandinavos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

<sup>130</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 140. En el mismo sentido ALONSO SALGADO / TORRADO TARRÍO, 2011, 589; BELLOSO MARTÍN, 2010, 12; CALPARSORO, 2012, 61; CASTILLEJO MANZANARES, 2010, 88; DÍAZ LÓPEZ, 2011, 21; DURBAN SICILIA, 2012, 7; ECHANO BASALDUA, 2012, 126 s.; ESTIRADO DE CABO, 2008, 1 s.; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 55; GONZÁLEZ CANO, 2009, 40; MARTÍN, J./ CANO, F./ DAPENA, J, 2011, 684; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39 s.; DEL MORAL GARCÍA, 2010, 68; ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 83; SÁEZ RODRÍGUEZ, 2011, 174; VALL RIUS, 2006, 5.

<sup>131</sup> Véase las referencias que hacen BARONA VILAR, 2011, 290 ss.; BELTRÁN MONTOLIÚ, 2009, 70 s.; DÍAZ LÓPEZ, 2011, 20; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 38, notas 43 y 44; MONTESINOS GARCÍA, 2009, 96; RÍOS *et al.*, 2011, 139 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, 110 s.

<sup>132</sup> VARONA MARTÍNEZ, 2009, 64, pone de relieve que en las experiencias de Euskadi paulatinamente se van enviando a mediación más casos, más variados y más graves; y asimismo que tres de los cinco jueces (227), cinco de los seis fiscales (230) y la mayoría de los secretarios judiciales (231) encuestados, todos ellos con experiencia en casos de mediación, son partidarios de extender la mediación a casos graves.

La experiencia realizada en delitos de terrorismo en el Centro Penitenciario de Nancles de la Oca, Álava, (referencias en SÁEZ, 2012, 49 ss.) merece una valoración positiva para sus protagonistas (GARCÍA, 2012, 161 ss.), así como para sus organizadores (ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2012, 145 ss.).

<sup>133</sup> BELLOSO MARTÍN, 2010, 12; DÍAZ LÓPEZ, 2011, 21; CASTILLEJO MANZANARES, 2010, 87; ORTUÑO MUÑOZ / HERNÁNDEZ GARCÍA, 2007, 83; VALLS RIUS, 2006, 5. En el mismo sentido VARONA MARTÍNEZ, 2009, 214, refiriendo la opinión de los mediadores, y 289 y 303 indicando que a efectos de mediación la gravedad depende en buena medida de los protagonistas.

<sup>134</sup> Art. 22.3.

tivos (por los derechos ofendidos)<sup>135</sup>, como sucede también en Derecho comparado<sup>136</sup>. Opinión que, como se expone seguidamente, no resulta convincente.

Un delito grave produce consecuencias muy intensas en el orden emocional y vivencial, una herida muy dolorosa que resulta costoso superar, lo que no dispone a la víctima, como mínimo hasta pasado un buen periodo, a participar en un proceso restaurativo de mediación. A su vez el infractor que ordinariamente se encontrará cumpliendo condena<sup>137</sup>, entiende «pagado» su delito con el cumplimiento de la pena, si no se ha dotado de todo un argumentario autojustificativo, como sucede especialmente cuando pertenece a una organización, p. ej., terrorista. Pero esto no significa que tales procesos hayan de excluirse, sino más bien que se producirán con menor frecuencia, en coordinadas necesariamente distintas a las de otro tipo de delitos y además que requerirán más cautelas; necesitarán más tiempo para lograr unas condiciones personales que posibiliten un encuentro en pie de igualdad, más pericia por parte de los mediadores o facilitadores, más entrevistas de preparación y otras circunstancias adicionales<sup>138</sup>, que no son precisas en supuestos menos graves o que carezcan del importante contenido político de los delitos de terrorismo.

A este respecto hay que tener presente que las pautas de la justicia restaurativa, especialmente en estos delitos graves, no excluyen la aplicación del tradicional modelo de justicia retributiva o punitiva, que a través del proceso —medio de control social altísimamente formalizado, que neutraliza a la víctima reduciéndola a testigo o perjudicado— determina los hechos, quién es víctima y quién verdugo y, por tanto, quién debe ser objeto de reparación y quién debe sufrir como retribución por el mal causado una pena, que está llamada a producir efectos preventivos frente a futuros delitos propios y también ajenos. Ciertamente cuando se trata de delitos graves la justicia que reclama la víctima (y la sociedad) así como la reparación a que aspira, se verán difícilmente satisfechas si el victimario no cumple su condena, aunque pueda ser modulada en una u otra forma<sup>139</sup>. En otras palabras,

<sup>135</sup> QUINTERO OLIVARES, 2011, 523 s.

<sup>136</sup> URBANO CASTRILLO, 2010, 16 s.

<sup>137</sup> Como se indica más adelante, la participación en procesos restaurativos, no tiene por qué eliminar la sanción penal tratándose de delitos graves, Se tratará, por tanto de mediación penitenciaria; véase al respecto GUARDIOLA LAGO, 212, 183 ss.

<sup>138</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 38.

<sup>139</sup> En este sentido RODRIGUEZ PALOP, 2012, 26, citando a X. ETXEBERRIA, «Impunidad y perdón», conferencia impartida en Lima el 15 de octubre de 2000, en (<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/impunidad%20y%20perdon%20en%20la%20politica.pdf>),

en los delitos graves y, en concreto, en los de terrorismo, «en ningún caso el empleo de mecanismos de justicia restaurativa concluye en impunidad»<sup>140</sup>.

La aplicación de procesos de justicia restaurativa en estos delitos busca, en primer término, unos resultados distintos a los que puedan producir en el proceso penal ordinario con anterioridad a la sentencia e, incluso, al procedimiento de su ejecución. La mediación y —puede añadirse, el resto de los procesos de justicia restaurativa— producen efectos beneficiosos en el ámbito puramente personal a víctimas e infractores<sup>141</sup>. Se trata de una vía, ciertamente compleja, que puede facilitarles una integración, reconstrucción y pacificación personal, que les permita reconocer al otro como persona y que, si así lo desean, abra paso a un diálogo sea directo entre infractor y víctima o entre infractor y víctima de un delito no realizado por él pero similar<sup>142</sup>, y que puede dar lugar a compromisos de reparación, a la reconciliación y, en el mejor de los casos, al perdón<sup>143</sup>. Tan sólo después de este largo recorrido en el que prima el logro de los beneficiosos efectos personales que puede tener para víctima y victimario, tiene sentido plantearse si estos procesos coadyuvan a lograr los fines del derecho penal y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles pueden ser los efectos en la ejecución de la pena del victimario.

Se indica que las ventajas o beneficios que pueden tener estos procesos para la víctima, también de delitos de terrorismo, y dar sentido a que los inicie, pueden ser en palabras de RÍOS MARTÍN *et al.*:

«—Conocer la verdad completa. —Poder volcar las emociones tanto tiempo contenidas en un espacio de seguridad y en un horizonte de construcción colectiva de la paz que le dote de sentido. —Poder encontrar la paz individual y el sosiego espiritual. —Iniciar

---

y a G. BILBAO ALBERDI *et al.*: *El perdón en la vida pública*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 53-106.

<sup>140</sup> La expresión es de ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2012, 146, y va referida a los delitos de terrorismo, pero lo mismo opina respecto de los demás delitos graves (2011, 55), y en el mismo sentido se pronuncian para unos y otros delitos RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 151; SÁEZ, 2011, 176, y 2012, 56 ss. Respecto de los delitos de terrorismo igualmente ECHANO BASALDUA, 2012, 126; ETXEBERRIA MAULEON, 2012, 156.

<sup>141</sup> ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 55. En el mismo sentido RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 98; SÁEZ, 2011, 181 ss.

<sup>142</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, 39, indica que en caso de que se trate de víctimas subrogadas no se trataría propiamente de mediación en el sentido de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, aunque se muestra partidaria de que se realicen tales encuentros como instrumento útil de justicia restaurativa y de resocialización.

<sup>143</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 141 ss., ofrecen un modelo de estos procesos destinado a su aplicación en la práctica.

una nueva etapa en la vida en la que se abandone el desgaste provocado por el odio cronificado. —Empoderar a la víctima y potenciar el propio protagonismo. —Acudiendo a metodologías apreciativas, recuperar la propia historia o la del ser querido desde lo positivo y no como una vivencia con final traumático que coloniza el resto de lo bueno de la vida compartida. —Obtener respuestas a preguntas como: ¿Qué ocurrió?, ¿por qué me ocurrió a mí?, ¿por qué actué en la forma en que lo hice en ese momento?, ¿por qué he actuado como lo he hecho desde que me ha ocurrido esto?, ¿qué pasaría si me ocurriera esto otra vez?, ¿qué significa esto para mí y para mi perspectiva (mi fe, mi visión del mundo, mi futuro)? —Aumentar la propia seguridad. —Ganar madurez personal en un camino recorrido con muchos aprendizajes. —Socializar las transformaciones a las siguientes generaciones en clave de paz familiar. —Cerrar una etapa importante del propio ciclo vital. —Procurar el reconocimiento del daño causado por parte del agresor. —Lograr que el agresor caiga en la cuenta de que existen otras alternativas que no habrían causado tanto dolor a personas concretas. —Obtener una reparación económica. Aunque esta motivación suele encauzarse en los niveles judicial y político y por exigencias de la legislación penitenciaria las personas condenadas por el delito de terrorismo deben satisfacer la responsabilidad civil.»<sup>144</sup>

A su vez los beneficios para el victimario, a juicio de los mismos autores y pensando también en de delitos de terrorismo, podrían ser:

«la paz consigo mismo y eventualmente contar con el perdón del otro al reconocer la responsabilidad de su conducta. El ejercicio de perdonar no deja de ser una forma de empoderamiento. También podrían producirse consecuencias jurídicas favorables para el infractor en el orden jurídico y político»<sup>145</sup>.

El desarrollo de estos procesos es, sin duda, largo, complejo y no exento de riesgos que pueden producir efectos negativos sobre todo en las víctimas. Baste tener presente que se añaden a las dificultades de carácter propiamente personales que deben superar víctima y victimario, las que se deriven de la incomprensión o rechazo del entorno familiar, social o, en su caso, político, así como de las repercusiones mediáticas<sup>146</sup>.

Si analizamos los procedimientos de justicia restaurativa desde el punto de vista de los fines del Derecho penal, es innegable que con-

<sup>144</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 157 s.

<sup>145</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 158.

<sup>146</sup> Véase la exposición de RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 149 ss., 158 ss.

tribuyen de forma relevante a su cumplimiento<sup>147</sup>. En relación con el fin de prevención general positiva puede afirmarse que representan el regreso a la legalidad del victimario por medio de una conducta que constituye una carga y hace patente la vigencia de la norma —y, por tanto, el valor de los bienes jurídicos lesionados de los que es titular la víctima (vida, libertad, etc.) y, en el caso del terrorismo, la colectividad (relacionados con el sistema democrático)—, porque el infractor al asumir su responsabilidad, reconoce la norma penal como pauta de conducta, se ejercita en la fidelidad al derecho y restablece la confianza de la generalidad en que el derecho conforma la vida social; además por medio del reconocimiento de la dignidad de la víctima, del daño que le ha causado, de la reparación y de la satisfacción que le da, abre paso a la función de prevención integradora, de pacificación social.

En el plano de la prevención general negativa debe tenerse en cuenta que el poder intimidatorio de la pena permanece intacto, ya que el infractor debe pasar por el proceso restaurativo con el esfuerzo personal y de reparación que incluye y sin que todo ello elimine el cumplimiento de la pena. Por último, en relación con el fin de prevención especial nadie puede pasar por alto que el infractor muestra su decidida voluntad de reintegrarse plenamente en la vida social y, en el caso del terrorismo, alejado de su actividad terrorista (voluntad que se plasma en actos como la renuncia a su actividad, la desvinculación de la organización terrorista, el reconocimiento, reparación y satisfacción a la víctima, que tienen un coste personal y social conocido)<sup>148</sup>.

Esta contribución al logro de los fines del derecho penal, disminuye la necesidad de pena, como viene reconociendo la doctrina respecto de todos los delitos y, por tanto, también respecto de los graves y de terrorismo. No resulta nada fácil precisar en qué cuantía y cómo ha de afectar a la pena, pero debe otorgársele algún efecto. No se encuentra en la misma situación quien ha actuado conforme a las exigencias de estos procesos que quien no lo ha hecho, y deben tenerse en cuenta, por tanto, por elementales consideraciones de justicia distributiva, que es preciso tratar por igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales, porque negar esta máxima supone distorsionar la idea de justicia y de derecho. Por ello parece que debiera de tomarse en consideración este extremo en lo relativo al régimen del cumplimiento de las penas

---

<sup>147</sup> Ampliamente al respecto ESQUINAS VALVERDE, 2006, 71 ss.; PÉREZ SANZBERRO, 1999, 363 ss., si bien ambas refiriéndose a la mediación en general y no en el marco al que ha quedado reducida para los delitos que nos ocupan en la presente exposición

<sup>148</sup> ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2011, 56 ss.; RIOS MARTÍN *et al.*, 2011, 135 ss. Próxima MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2008, 488 ss.



(progreso de grado, permisos, libertad condicional) y, en su caso, a la aplicación de indultos que, a mi juicio, siempre deberían ser medidas posteriores, parciales y condicionales.

No son pocas las voces de víctimas de delitos especialmente graves y entre ellos de terrorismo, que reclaman sanciones la máxima gravedad, y no hay duda de que el ordenamiento penal español ha caminado en esa dirección, llegando a dar entrada a normas propias de un derecho penal del enemigo. Pero «para la reparación y recuperación de las víctimas, rara vez el cumplimiento de la pena impuesta en el régimen más duro hasta el último día es lo más efectivo»<sup>149</sup>. Esta vía tampoco facilita la reinserción de los victimarios, que no pueden ser considerados, sin más, como seres malvados e incorregibles o, si se quiere, conforme a la expresión más actual, objeto del Derecho penal del enemigo.

No hay, pues, argumentos para cegar el paso a la justicia restaurativa en los delitos graves y de terrorismo. Aunque sea un camino que vaya a ser poco transitado y en todo caso difícil de transitar, lleva a una meta digna de la más alta consideración por los beneficios, como mínimo, personales a que puede dar lugar. Precisamente estos beneficios sustentan la legitimidad de los encuentros y diálogos restaurativos<sup>150</sup>.

### III. Consideraciones finales

La doctrina que recoge las experiencias habidas en el extranjero y en España pone de relieve que la mediación es muy viable en las faltas contra las personas y el patrimonio o en el ámbito familiar (incumplimiento de custodia y visitas); que es más viable en los delitos menos graves que en los de mayor gravedad; que asimismo es más viable en los delitos puramente patrimoniales (hurtos, robos con fuerza, estafa, apropiación indebida,...) que en los violentos, salvo que la violencia no sea grave; que igualmente es altamente viable en los delitos que median relaciones personales (vecinales, familiares, laborales)<sup>151</sup>.

Además hemos visto que los delitos cuya víctima no es una persona determinada —los delitos peligro abstracto, los delitos contra bienes jurídicos de los que es titular la comunidad social, un colectivo, instituciones públicas o personas jurídicas, así como los delitos económicos—, no constituyen el campo más adecuado de la mediación, pero que no

<sup>149</sup> DE LA CUESTA, 2012, 50.

<sup>150</sup> RÍOS MARTÍN *et al.*, 2011, 165.

<sup>151</sup> Véanse por todos BARONA VILAR, 2011, 287 ss.; ESTIRADO DE CABO, 2007, 1 ss.

deben quedar excluidos sin más y en todo caso de su ámbito de aplicación. Resulta aconsejable admitir la mediación, cuando en el procedimiento puedan reconocerse los elementos fundamentales de la mediación (intermediación, diálogo y acuerdo reparador) y puedan lograrse, al menos en parte, los fines que puede producir ésta en el campo de la prevención especial y general positiva, aunque es preciso reconocer que en estos casos queda relegada a un segundo plano su dimensión restauradora o reparadora, puesto que es preciso recurrir a una víctima subrogada o simbólica. Esta parece ser la línea que seguía el Borrador de Anteproyecto de LECr manejado en el Ministerio de Justicia durante el mandato del Ministro Sr. Caamaño, que no excluía en principio estos delitos de los procedimientos de mediación<sup>152</sup>.

Asimismo hemos visto que las objeciones a la aplicación de la mediación en los delitos de violencia de género, no fundamentan de forma suficiente la prohibición directa del art. 87 ter.5 LOPJ y en muchos casos *de facto* del art. 57.2 CP y que las contrapartidas de la prohibición son excesivas, de forma que no resulta convincente la prohibición. De esta opinión es la doctrina mayoritaria. La mediación en sí misma no degrada la gravedad de los hechos constitutivos de violencia de género por derivarlos del Derecho penal al ámbito privado. Tampoco se produce en todo caso una situación de desigualdad que impida a la mujer enfrentarse a su agresor en un diálogo abierto, defender sus derechos y llegar a un acuerdo de reparación adecuado, ya que son muy dispares los actos de violencia y las situaciones de las mujeres que los sufren. Pero lo que sí es cierto es que la prohibición priva en todo caso de las posibilidades beneficiosas que puedan derivarse de la mediación para la mujer y para el victimario. Como se ha indicado, cuando es posible una mediación en condiciones, p. ej., en supuestos de violencia aislados o esporádicos, podría satisfacer las necesidades de ambas partes, respectivamente, seguridad, autoafirmación y reivindicación de sus derechos y asunción de responsabilidad y, en su caso, tratamiento psicológico, y posibilidad de solicitar y recibir perdón. Esta opinión, claro está, no es opuesta a apuntar distintas cautelas —más allá de la voluntariedad que se presenta como una exigencia ineludible<sup>153</sup>—, que se entiende deberán tomarse siempre para neutralizar el riesgo de que se produzcan mediaciones en situación de desigualdad,

---

<sup>152</sup> Véanse art. 157 ss.

<sup>153</sup> De hecho el Borrador de Anteproyecto de LECr manejado en el Ministerio de Justicia durante el mandato del Ministro Sr. Caamaño incluía esta exigencia en su art. 158.1 al reconocer la voluntariedad como un principio; y en el 158.3 añadía: «Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a mediación, pudiendo, en cualquier momento,

que generen una revictimización, den lugar a un acuerdo desfavorable o a ambas cosas.

Probablemente por ello el Convenio del Consejo de Europa contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 7 de abril de 2011 y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, no prohíben la mediación en los delitos de violencia de género.

Conforme a lo expuesto sería conveniente que el legislador español renunciara a una política criminal basada en «la filosofía del castigo» y derogara tanto la prohibición del art. 87 ter.5 LOPJ así como la obligatoriedad de la pena de alejamiento establecida por el art. 57.2 CP.

Tampoco el estudio ha aportado datos a favor de introducir un criterio cuantitativo, conforme al cual quedarán excluidos los delitos graves, p. ej., sancionados con pena de prisión superior a los cinco años. Tanto las experiencias internacionales como los ordenamientos jurídicos de buen número de países y la opinión de los expertos que han llevado a cabo experiencias en España, revelan que es posible la mediación exitosa en delitos graves, incluso, violentos, incluidos los de terrorismo, aunque nadie duda de que se trata de una vía que únicamente será posible en un número de casos reducido y que será preciso tomar no pocas cautelas para garantizar las bases de una mediación exitosa.

No obstante, parece que el criterio del Borrador de Anteproyecto apuntaba claramente a la idea de limitar la mediación a delitos sancionados con pena de prisión inferior a cinco años o, en otros términos, a excluir la mediación de los delitos graves.

En este punto, sin embargo, conviene que quede clara la diferencia entre la mediación en cuanto tal y los efectos jurídicos que le hayan de corresponder. Si se contempla en la LECr vinculada o próxima al principio de oportunidad o a la conformidad<sup>154</sup> o en el CP relacionada con la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad<sup>155</sup>, ciertamente parece que habrán de excluirse los delitos graves, porque la reducción de la necesidad de pena que conlleva la mediación exitosa, no parece que como norma general al menos haya de producir semejantes efectos incluso en delitos sancionados con penas superiores a cinco años de prisión, ya que podría socavar el efecto de prevención general

---

apartarse de ella. La negativa de las partes a someterse a mediación, o el abandono de la mediación ya iniciada, no implicará consecuencia alguna en el proceso».

<sup>154</sup> El citado Borrador de Anteproyecto de LECr en sus arts. 158 y 159 parece inclinarse por esta perspectiva, aunque no excluye la que se expone a continuación.

<sup>155</sup> Así en el Anteproyecto de LO de por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal de octubre de 2012, en su art. 84.

positiva y negativa. Pero ello en nada debiera impedir que se admita la mediación también en los delitos graves cuando se encuentre la pena ya en ejecución y que sus efectos puedan ser de otro orden o no quedar especificados, bastando con la aplicación de las normas generales de Derecho penitenciario, de forma que pudiera dar lugar, en su caso, a cambio de grado y acceso a beneficios de distinto orden a la vista de la menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial y de la prevención general positiva.

Si procedemos a una recapitulación de todo lo dicho, podríamos afirmar que no hay argumentos suficientes para establecer un elenco de delitos en los que de forma taxativa quede excluida la mediación (*numerus clausus*). Parece más acertado dejar abierta la mediación a todos los delitos. A lo más podría considerarse que el texto legal estableciera determinadas cautelas respecto de algunos delitos o, mejor, de algunas víctimas.

#### IV. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, Marien: «La mediación como «alternativa» al proceso penal de adultos: ¿de la práctica a la ley?», en ROBLES GARZÓN, J.A. / ORTELLS RAMOS, M. (dirs.), *Problemas actuales del proceso Iberoamericano*, vol. 1, Málaga, 2006, pp. 279-294.
- ALHAMBRA PÉREZ, Pilar: «El juez ante la mediación penal», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. / PRADA RODRÍGUEZ, M. de, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Madrid, 2010, pp. 103-114.
- ALONSO SALGADO, Cristina / TORRADO TARRÍO, Cristina: «Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?», en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, 2011, pp. 567-606.
- ASUA BATARRITA, Adela: «Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de setiembre», en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2004, núm. 1, pp. 201-233.
- BAJO, Miguel / BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*. Madrid, 2010.
- BARONA VILAR, Silvia: «Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», en *Revista de Derecho penal*, 2009, núm. 26, pp. 11-53.
- BARONA VILAR, Silvia: «El presente y el futuro de la mediación en España», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Víctimas olvidadas*, Valencia, 2010, pp. 229-254.
- BARONA VILAR, Silvia: «Situación de la justicia restaurativa y mediación penal en Alemania», en BARONA VILAR, S. (dra.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 235-287.
- BARONA VILAR, Silvia: *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011.

- BELLOSO MARTÍN, Nuria: «El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía*, 2010, núm. 20, pp. 1-20.
- BELTRÁN MONTOLIU, Ana: «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», en BARONA VILA, S. (dra.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 53-84.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: «El último y (controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», en *La Ley penal*, 2011, núm. 86, pp. 1-63 (<http://laleydigital.laley.es/>).
- CALPARSORO, Juan: «El Derecho penal ante el fin de ETA», en *Hermes*, 2012, núm. 42, pp. 58-64.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «El nuevo proceso penal. La mediación», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, 2010, núm. 23, pp. 69-91.
- CONSEJO DE EUROPA. COMITÉ DE MINISTROS: *RECOMENDACIÓN REC (2002) 5, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002 y Memorandum explicativo*.
- CGPJ, *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que las abordan*. (Joaquín Bayo Gómez, Cristina Cueto Moreno, Esther Erice Martínez, José María Gómez Villora, Vicente Magro Servet, María Tardón Olmos, Paloma Marín López). Madrid, Aprobado el 11. 1. 2011.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la: «Elkarrizketa», en *Hermes*, 2012, núm. 42, pp. 44-55.
- DÍAZ LÓPEZ, Luis Alberto: «Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *InDret*, 2011, núm. 3, pp. 1-50.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia: «Justicia restaurativa y violencia doméstica», en *La Ley*, 2011-4, pp. 1514-1522.
- DURBÁN SICILIA, Luis: «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», en *La Ley Penal*, 2010, núm. 73, pp. 1-24 (<http://laleydigital.laley.es/>).
- ECHANO, Juan I.: «Perspectiva jurídico-penal del perdón», en BILBAO, G./ ETXEBERRIA, X./ ECHANO J.I. /AGUIRRE, R., *El perdón en la vida pública*, Bilbao, 1999, pp. 107-198.
- ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio: «La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010», en *Estudios de Deusto*, 2010, vol. 58/2, pp. 173-204.
- ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio: «Justicia restaurativa y justicia transicional en los delitos de terrorismo: algunas reflexiones», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Bilbao, 2012, pp. 125-129.
- ERVO, Laura: «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», en BARONA VILAR, S. (dra.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia, 2009, pp. 125-179.

- ESQUINAS VALVERDE, Patricia: «La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?», en *Revista penal*, 2006, núm. 18, pp. 55-101.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, 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 enjuiciamiento», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de Derecho Judicial, 2007, núm. 136, CGPJ [Edición digital 2008], pp. 1-5.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: «Justicia restaurativa y fines del Derecho penal», en Martínez Escamilla, M. / Sánchez Álvarez, M.P. (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, pp. 47-68.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: «Justicia para la convivencia», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Bilbao, 2012, pp. 145-150.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier: «Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA», en *Hermes*, 2012, núm. 42, pp. 66-72.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: «El modelo francés de mediación penal», en BARONA VILAR, S. (dra.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 181-234.
- ETXEBERRIA MAULEÓN, Xabier: «Justicia retributiva y restaurativa ante los delitos de terrorismo», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Bilbao, 2012, pp. 153-158.
- FÁBREGA, Cristóbal / SÁEZ, Ramón: «Tutela judicial efectivas y mediación intra-judicial», en SÁEZ, R. (dir.), *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*. CGPJ, 2010, pp. 105-114.
- FÁBREGA, Cristóbal / SÁEZ, Ramón: «La víctima y la mediación penal», en SÁEZ, R. (dir.), *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*, 2010, pp. 121-140.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa / SOLÉ RAMÓN, Ana María: *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. Un enfoque actual práctico*, Valladolid, 2011.
- GARCÍA, Iñaki: «Reflexiones personales sobre mi participación en los encuentros restaurativos», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Bilbao, 2012, pp.161-164.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: «La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo», en *La Ley penal*, 2006, núm. 30, pp. 5-14 (<http://laleydigital.laley.es/>).

- GARCÍA TORRES, María Luisa: «La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares», en *La Ley Penal*, 2010, núm. 73, pp. 1-39 (<http://laleydigital.laley.es/>).
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel: «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (dra.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 19-52.
- GORDILLO SANTANA, Luis F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007.
- GOBIERNO VASCO., DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DIRECCIÓN DE JUSTICIA: *Protocolo de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. Procedimiento de mediación penal*. Junio 2012, en [www.justizianet/mediación-intrajudicial/documentos](http://www.justizianet/mediación-intrajudicial/documentos).
- GUARDIOLA LAGO, María Jesús: «La víctima de la violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», en *Revista General de Derecho Penal*, 2009, núm. 12, pp. 1-41.
- GUIMERA I GALIANA, Alejandro: «La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2005, núm. 3, pp. 1-22 (<http://www.criminologia.net>).
- GUARDIOLA LAGO, María Jesús: «Desarrollo y aplicaciones del ajusticia restaurativa en prisión», en TAMARIT SUMALLA, J.M., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012, 183-236.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel: «La mediación penal: un posible avance en la lucha contra la violencia de género», en *La Ley*, 2011-4, pp. 1640-1646.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo / CUELLAR ATÓN, Pablo: «Mediación penal: una introducción metodológica», en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias penales de la UV*, 2010, pp. 58-96 (<http://www.uv.es/recrim>).
- LAMAS LEITE, André: «El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado», en BARONA VILAR, S. (dra.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 289-356.
- LARRAURI, Elena: «Tendencias actuales de la justicia restauradora», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 439-464.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2005, núm. 2, pp. 157-181.
- LARRAURI, Elena: *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, 2007.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena: *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- LAUCIRICA ARRIOLA, Nerea: «Propuesta de la regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora», en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2011, núm. 8, pp. 209-216.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 7-8, pp. 1-23.

- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: «La reparación de la víctima en el proceso penal», en *Criminología y Justicia*, 2012, núm. 4, pp. 15-20.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*, Granada, 2007.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa: «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», en *InDret*, 2007, núm. 4, pp. 1-43.
- MARTÍN, Jaume / CANO, Francisca / DAPENA, José: «Justicia reparadora: mediación penal para adultos y juvenil», en CASANOVAS, P. / MAGRE, J. / LAUROBA, E. (dirs.), *Libro blanco de la mediación en Cataluña*, 2011, Barcelona, pp. 651-719.
- MARTÍN BARBERÁN, Jaume / DAPENA MÉNDEZ, José / CANO, Francisca: «La transformación del campo del control de la criminalidad y la justicia penal», en CASANOVAS, P./ DÍAZ, L. / MAGRE, J. / POBLET, M. (eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona. 2009, pp. 95-108.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos», en HOYOS SANCHO, M. de (dra.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009, pp. 669-688.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismo objetivos?», en GARCÍA, C. / CUERDA, A. / MARTÍNEZ, M. / ALCÁCER, R. / VALLE, M. (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I., Madrid, 2008, pp. 465-497.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «La mediación penal en España: estado de la cuestión», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, pp. 15-46.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «»Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado», en *Revista de Derecho Penal*, 2011, núm. 33, pp. 9-32.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 3.ª ed., Valencia, 2011.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «La mediación penal en Inglaterra y Gales», en BARONA VILAR, S. (dra.): *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, pp. 85-123.
- MORAL GARCÍA, Antonio del: «La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. / PRADA RODRÍGUEZ, M. de, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Madrid, 2010, pp. 49-69.
- MORENO, Roberto: *De los servicios de mediación penal a los nuevos servicios de mediación penal intrajudicial de Euskadi. Desarrollo desde el año 2010: nuevos retos y oportunidades*. II Jornadas de Justicia Restaurativa, oct. 2012, Barcelona. <http://www.slideshare.net/justicia/ii-jornada-de-justicia-restaurativa-roberto-moreno>
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*. 18.ª ed., Valencia, 2010.



- ONU, ASAMBLEA GENERAL: *Resolución 48/104, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/104).
- ONU, ASAMBLEA GENERAL: *Resolución 58/147, Eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar*, de 22 de diciembre de 2003 (A/RES/58/147).
- ONU, ASAMBLEA GENERAL: *Resolución 58/185, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, de 22 diciembre 2003 (A/RES/58/185).
- ONU. CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, UNITED NATIONS OFFICE AT VIENNA: *Strategies for confronting domestic violence: a resource manual*. New York, 1993.
- ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Resolución 1997/24, Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer*, de 21 de julio de 1997.
- ONU, DIVISIÓN PARA EL ADELANTO DE LA MUJER. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LA SECRETARÍA DE LAS NACIONES UNIDAS: *Poner fin a la violencia contra la mujer: De las palabras a los hechos*, Informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas en cumplimiento del mandato contenido en la 58/185 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2003, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer* (A/RES/58/185). Nueva York, 2006.
- ONU, DIVISIÓN PARA EL ADELANTO DE LA MUJER. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LA SECRETARÍA DE LAS NACIONES UNIDAS: *Manual de legislación sobre violencia contra la mujer*. Nueva York, 2010.
- ORTUÑO MUÑOZ, José-Pascual / HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Documento de Trabajo 110/2007 del Laboratorio de Alternativas. Fundación Alternativas, Madrid, 2007.
- PANTOJA, Félix / RÍOS, Julián: «Propuesta de regulación legal y de autorregulación», en SÁEZ, R. (Dir.), *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*, 2010, pp. 58-76.
- PANTOJA GARCÍA, Félix: «Propuestas de modificaciones legales para acoger la mediación legal en la legalidad sustantiva y procesal», en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 8, Bilbao, 2011, pp. 199-207.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther: «Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de Derecho Judicial, 2007, núm. 136 [Edición digital 2008], pp. 1-13.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: «Las víctimas ante el derecho penal: especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación», en ARROYO ZAPATERO, L.A./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, vol. 1, Ciudad Real, 2001, págs. 443-478.

- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: «Prólogo», a GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, pp. 15-18.
- PÉREZ GINÉS, Carlos Alberto: «La mediación penal en el ámbito de la violencia de género «o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento»», en *La Ley*, 2010-3, pp. 1646-1652.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: Situación y perspectiva de futuro», en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 2011, pp. 501-527.
- RÍOS, Julián: «Mediación: conceptos básicos», en SÁEZ, R. (dir.), *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*. CGPJ, 2010, pp. 76-91.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos / OLAVARRIA IGLESIA, Teresa: «Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de conflictos dirigidos a jueces de familia y penales. Conclusiones», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, Madrid, 2007 [Edición digital 2008], pp. 1-30.
- RÍOS MARTÍN, Julián, et al.: «Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa en delitos graves», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, pp. 127-172.
- RÍOS MARTÍN, J.C. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E. / SEGOVIA BERNABÉ, J.L. / ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. / BIBIANO GUILLÉN, A. / LOZANO ESPINA, F.: *La mediación penal y penitenciaria*. 3.ª ed., Madrid, 2012 (cit. RÍOS MARTÍN, et al.).
- RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: *Juzgado de violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Barcelona, 2006.
- RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: «Mediación Penal y Violencia de Género», en *La Ley*, 2011-1, pp. 1472-1480.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.ª Eugenia: «Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de la víctimas en los procesos de reconstrucción», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Bilbao, 2012, pp. 23-45.
- SÁEZ, Concepción / GONZÁLEZ CANO, Isabel / RÍOS, Julián / SÁEZ, Ramón / ZAPATERO, Justino: «La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación», en SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (coord.): *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor, 2008, pp. 311-336 [cit. SÁEZ et al., 2008]
- SÁEZ, Concepción: «La mediación penal y sus riesgos», en SÁEZ, R. (dir.), *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*. CGPJ, 2010, pp. 164-175.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción: «Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011», en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2011, núm. 8, pp. 127-190.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción: «La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, pp. 211-272.
- SÁEZ, Ramón: «En el final del terrorismo: justicia y restauración», en *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Bilbao, 2012, pp. 49-66.
- SÁEZ, Ramón / FÁBREGA, Cristóbal: «Mediación penal y sistema de garantías. Presunción de inocencia, libertad de autoincriminación, contradicción y prueba, derecho de defensa», en SÁEZ, R. (dir.), *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*, CGPJ, 2010, pp. 114-140.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón: «Notas sobre justicia restaurativa y delitos graves. Dialogando sobre las «reflexiones» y su viabilidad», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, pp. 173-210.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón: «Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos graves. La emergencia de las víctimas», en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2011, núm. 8, pp. 71-125.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: «La víctimas en el sistema penal, la justicia restaurativa», en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 121, 2007 [Edición digital 2008], pp. 1-29.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: «La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2010, núm. 12-05, pp. 1-24 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- TAMARIT SUMALLA, Josep: «La justicia restaurativa: Concepto, principios, investigación y marco teórico», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012, pp. 3-60.
- TAMARIT SUMALLA, Josep: «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012, pp. 61-88.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> Elena: «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», en LÓPEZ SAN LUIS, R. (ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Granada, 2011, pp. 133-152.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «La justicia restaurativa penal», en *La ley penal*, 2010, núm. 73, pp. 1-29 (<http://laleydigital.laley.es/>).

- VALL RIUS, Anna: «El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española», en *La Ley*, 2006, D-173, pp. 1-27 (<http://laleydigital.laley.es/>).
- VARONA MARTÍNEZ, Gema: *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)*. Donostia-San Sebastián. Diciembre de 2009. [www.ehu.es/p278content/es/contenidos/informacion/ivcki\\_investigacion/informes/adjuntos/GEMA\\_EvaluacionE](http://www.ehu.es/p278content/es/contenidos/informacion/ivcki_investigacion/informes/adjuntos/GEMA_EvaluacionE).
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: «Presunción de inocencia, mediación y conformidad: algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos», en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. / CUERDA ARNAU, M.L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. 2, Valencia, 2009, pp. 1951-1972.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)», en TAMARIT SUMALLA J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012, pp. 89-130.

# La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación

Cristina de Vicente Casillas

Magistrada

## I. La mediación en España

España es uno de los pocos países de Europa en los que la mediación penal de adultos no está regulada.

El único intento de regulación es el existente en el anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal presentado por el Ministro Caamaño días antes de que su gobierno convocara elecciones.

Este anteproyecto dedicaba un capítulo a la mediación penal con cinco artículos:

- Art. 157: principios.
- Art. 158: procedimiento.
- Art. 159: consecuencias.
- Art. 160: mediación en el juicio oral.
- Art. 161: interrupción.

En síntesis, la regulación de la mediación propuesta en el anteproyecto se basaba en las siguientes líneas maestras: la mediación está presidida por los conocidos principios de confidencialidad, voluntariedad, gratuidad y oficialidad. El procedimiento se inicia a instancia del Ministerio Fiscal o el del Juez en la fase de ejecución. El plazo de la mediación no podrá ser superior a tres meses. Concluido el proceso con informe positivo el Fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento por oportunidad o la suspensión condicionada al cumplimiento de determinadas obligaciones. También podrá proceder el dictado de una sentencia de conformidad. Se admite la mediación durante el juicio oral cuando todas las partes lo soliciten. Y por último se establece que el sometimiento a mediación de los juicios de faltas no interrumpa el plazo de prescripción.

**Cuadernos penales José María Lidón**

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 205-235

Como se observa, es una regulación sucinta que permite un amplio desarrollo de la institución en la que no existe límite en cuanto al tipo de delitos que pueden ser sometidos a mediación, limitándose extraordinariamente, sin embargo, la iniciativa en el proceso de mediación que debe partir siempre del Fiscal encargado de la investigación o de todas las partes si el proceso está en el trámite del juicio oral. Se configura por último, como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad con el fin impulsar una solución reparadora en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo, en palabras de la exposición de Motivos.

A pesar de la ausencia de regulación legal la mediación penal se practica en los Juzgados españoles desde el año 2007 como consecuencia de diversos proyectos impulsados por el CGPJ en colaboración con distintas Comunidades Autónomas.

La ausencia de regulación legal determina que la adhesión de los Juzgados a los programas de mediación sea voluntaria, por lo que la distribución territorial de la mediación no es uniforme ni siquiera dentro de cada Comunidad Autónoma.

A pesar de que los servicios de mediación envían sus datos estadísticos al CGPJ, no existe información estadística en la página del Consejo.

En la CCAA del País Vasco el total de mediaciones penales practicadas en la provincia de Vizcaya el año 2011 fue de 436 con un total de 30 órganos judiciales penales que participaron frente a un total de 10 que declinaron hacerlo.

## II. La mediación en Europa

En la mayor parte de los países de Europa hay mediación penal de adultos y está regulada en sus códigos penales o leyes de procedimiento penal.

Esta regulación legal se ha ido dictando a lo largo de los últimos quince años como consecuencia de diversas recomendaciones dictadas por los organismos europeos.

- Recomendación 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
- Recomendación 2, de 28 de junio de 1985, del Comité del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal. Da un amplio margen a la reparación y las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

- Recomendación 21, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Alude expresamente a la mediación.
- Recomendación 18, que recoge la relevancia del principio de oportunidad.
- Recomendación 19 del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, donde se recoge el concepto de mediación.
- Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada en Viena, del 16 al 25 de abril de 2002, donde se hace un examen de la Justicia restaurativa y su papel en los sistemas de Justicia penal.
- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo del 2001.

Es de destacar, en primer lugar, el art. 10, que se inicia con la rúbrica «Mediación penal en el marco del proceso penal», del siguiente tenor: «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 medidas. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la medida en las causas penales.»

También es necesario recordar el art. 17 de igual texto, que se refiere a la obligada «Aplicación» de esta figura: «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 art. 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006»<sup>1</sup>.

La regulación más antigua es la de Alemania (año 1994) y la más moderna es la de Dinamarca Ley de 12 de junio de 2009.

Voy a hacer referencia a dos regulaciones especialmente atractivas: Austria y Finlandia.

### III. La mediación penal en Austria

#### *Ámbito de aplicación*

En Austria la mediación forma parte del procedimiento criminal y es aplicada en todo el territorio tanto en justicia de menores como adultos

---

<sup>1</sup> Este mes de septiembre se ha aprobado la Directiva del Parlamento Europeo *Establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*, cuyo párrafo 46 hace referencia a la justicia restaurativa.

para todos los casos que hayan llegado a conocimiento del Fiscal. Esta fuertemente conectada a la institución de la *diversion*.

La *diversion* es una forma de desviar casos del sistema de justicia tradicional evitando la celebración del juicio, en los que el Fiscal actúa como *gate keeper* (cuidador de la verja), expresión utilizada con el significado de atribuir la función de vigilar que acceda al circuito de la justicia criminal solo aquello que deba ser objeto de enjuiciamiento.

La reforma del Código de Procedimiento Criminal llevada a cabo en el año 2000 y posteriormente en el año 2008 permite que la *diversion* puede ejercerse de las siguientes cuatro formas según el art. 198:

- Multa.
- Suspensión de la acusación por un periodo de entre 1 y 2 años con o sin condiciones.
- Servicios comunitarios.
- Mediación.

La diversión supone el 26% de todas las respuestas que ofrece el sistema penal. De ellas la mediación constituye el 18% de los casos.

Los casos remitidos a mediación son por orden de importancia: los conflictos situacionales como las peleas, agresiones o amenazas que constituyen un 43% seguido de la violencia entre la pareja que constituye un 24% de los casos. Con un menor porcentaje de casos se sitúan los conflictos de vecindad, colegio, familia o entre amigos.

Los servicios de mediación forman parte de una agencia nacional llamada Neustart que trabaja en cooperación con la oficina del Ministerio Fiscal.

### *Requisitos legales de la diversion*

El Ministerio Fiscal solo puede ejercer la *diversion* en los siguientes casos:

- Causas criminales con pena inferior a 5 años de prisión.
- Las causas con resultado de muerte están excluidas.
- No debe apreciarse un alto grado de culpabilidad en el ofensor.
- Debe tenerse en cuenta el principio de prevención general e individual (la pena no es necesaria para prevenir futuros comportamientos delictivos).
- Adecuada clarificación de los hechos y sus circunstancias.

Como regla, se establece que las necesidades emocionales y materiales de las víctimas son mejor satisfechas a través de la mediación,



por lo que la mediación debe ser la primera opción en los casos en que existe una víctima personalmente identificada.

### *Requisitos legales de la mediación*

El ofensor debe:

- Aceptar la responsabilidad de los hechos.
- Mostrar disposición para confrontarse con los hechos.
- Hacer un esfuerzo para compensar a la víctima en cualquier forma que sea apropiada.
- Comprometerse a abstenerse de todo comportamiento delictivo en el futuro.
- La víctima debe mostrar su consentimiento a la mediación.

Si se dan estas circunstancias y el acuerdo de mediación es positivo, el Fiscal puede acordar el archivo del procedimiento. Por eso el procedimiento es denominado *diversionary in natura y discretionary in application*, es decir, de *diversion* en origen y discrecional en su aplicación, al dejar al Fiscal un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de las circunstancias concurrentes.

También puede aplicarse la mediación por el tribunal una vez que la acusación ha sido presentada.

Esta decisión de integrar la mediación dentro de un amplio paquete de medidas de *diversion* ha sido, sin embargo, criticada desde diferentes ámbitos en Austria ya que la facilidad de ejecución de las otras medidas puede terminar por engullir la mediación, al ser utilizada solo para una clase muy específica de delitos: aquellos en los que hay una relación personal, lo que por otro lado ha dado lugar a un incremento de los casos de violencia doméstica que se tramitan a través de la mediación.

### *Estadísticas*

La mediación representa el 2% de los casos que se presentan ante el Fiscal. El 60% acaba en un archivo del procedimiento mientras que en un 27% de los casos se formula escrito de acusación. En el nivel de tribunales, en un 60% de los casos se dicta sentencia condenatoria, un 10% de los casos se archivan y en un 17% de los casos se dicta una sentencia absolutoria.

En números absolutos en el año 2011 se remitieron 7.347 casos a mediación.

### *Esquema de la mediación*

El esquema de la mediación sería el siguiente:

**An offence is reported to the police.  
The police refer the case to the public prosecutor's office**

No proceedings according to §§ 190 to 192 StPO or § 6 JGG	Public prosecutor	Charges are brought case goes to court (Indictment)
	Diversion (Probation period, fine, community service or VOM)	After the prosecution has brought charges, the court has a chance to decide for a diversion (VOM)
	Case is referred to an TA-unit of NEUSTART	No contact can be established/no consent to VOM
	Mediator contacts the involved parties	Back to Criminal Justice System
	Mediator takes place. Agreement?	No agreement
	Agreement fulfilled?	Agreement not fulfilled
	Agreement fulfilled. Mediator informs the public prosecutor or the judge (final report)	
	The public prosecutor or the judge decides whether the case will be closed or continued. Special record (no criminal record)	

### *Investigaciones realizadas*

Son numerosas las investigaciones realizadas sobre distintos aspectos de la mediación. Nos limitaremos a señalar algunas que nos han llamado la atención.

*Reincidencia.* Es muy interesante el estudio realizado por Veronica Hofinger y Alexander Neumann en 2008, sobre la reincidencia de los ofensores tras haberse beneficiado de una medida de *diversion*.

Se escogieron datos del año 2005. Dos de cada tres casos de mediación acabaron con acuerdo. En un 78% de los casos se acordó el archivo del procedimiento. Se observó la evolución tras un periodo de 2,5 a 3,5 años.

En los casos en que se había acudido a la mediación, con independencia de su resultado, la tasa de reincidencia era de un 16%. Para las otras medidas la tasa era decididamente más alta: 37%. Para los casos que acaban en juicio, la tasa de reincidencia es del 41%.

Estos resultados deben tomarse con cautela ya que debe tenerse en cuenta que los casos son previamente seleccionados por los Fiscales, de forma que en general puede decirse que los resultados *a priori* son más prometedores debido al proceso de selección. Sin embargo marca una tendencia que es la que apuntan todos los estudios.

*Tipos de mediación.* El tipo de mediación utilizado es el de mediación directa. Solo un 18% fue mediación indirecta. En la gran mayoría de los casos solo fue necesario un encuentro entre víctima y ofensor. La duración de la sesión es de aproximadamente una hora. Los estudios indican que en las mediaciones indirectas no se produce el perdón del ofensor y la probabilidad de que el proceso sea interrumpido es más alta. Se ha comprobado que los beneficios de la mediación directa son más altos y la satisfacción de las partes es mucho mayor.

## **IV. La mediación penal en Finlandia**

Hasta el año 2006 la mediación penal no estaba regulada por una ley separada en Finlandia. Sin embargo, desde el año 1966 ha sido posible acceder a la mediación en determinadas condiciones y desde el año 1997 ha sido regulada en su Código Penal. Finalmente se dicta la Ley 1015 de 9/12/2005 de mediación en casos civiles y penales que entra en vigor en 2006 cuya finalidad fue extender la mediación penal en todo el territorio nacional. Esta ley regula entre otras la definición, clases de delitos, iniciativa y obligaciones de las partes.

### *Definición*

La mediación es un servicio gratuito a través del cual, el sospechoso de un crimen y la víctima pueden encontrarse con la intervención de un mediador independiente con la finalidad de discutir el daño material y moral causado a la víctima y acordar medidas para compensarlo.

### *Tipos de delito*

La elección de los diferentes tipos de delito susceptibles de ser mediados se realizará teniendo en cuenta la naturaleza, método del crimen y relación habida entre las partes así como otras circunstancias relacionadas con el crimen como un todo.

Se excluyen los casos en que la víctima es menor de edad o tiene especiales necesidades de protección (violencia sexual contra menores).

Tratándose de violencia doméstica se excluye en los siguientes casos:

- Si es recurrente.
- Si las partes han acudido al servicio de mediación con anterioridad.
- Si aparece que el ofensor considera la violencia como un modo aceptable de relacionarse con su pareja.

### *Iniciativa*

La iniciativa en la remisión de casos a mediación puede ser tomada por el sospechoso, la víctima, la Policía o por el Fiscal. Pero si la víctima es la esposa, pareja o hijo, la iniciativa solo puede ser tomada por la Policía o el Fiscal.

En el caso de que el sospechoso o la víctima sea menor de edad la iniciativa podrá ser tomada por su representante legal. Lo mismo ocurre si el implicado es inimputable.

### *Procedimiento*

El procedimiento no se regula para facilitar la creatividad.

### *Objetivos de la mediación*

- Aceptación activa de la responsabilidad.
- Desarrollar el sentido de la responsabilidad.
- Romper la escalada criminal desde el momento inicial.
- Compensar a la víctima del crimen.

El procedimiento de mediación no tiene por finalidad resolver el tema de la culpabilidad y puede ser admitido cualquier tipo de crimen con independencia de su categoría.

El *Instituto Nacional de Salud y Bienestar* es el responsable de supervisar los servicios de mediación así como de producir las estadísticas.

### *Estadísticas*

El total de casos remitidos a mediación en el año 2010 fue de 12.313 casos, lo que representa un 4% más que en el año anterior. De ellos 342 fueron casos civiles. La mediación representa un 2% del total de casos criminales.

En un 71% de casos la mediación se llevó a cabo.

Por delitos, el 46% fueron crímenes violentos: lesiones agravadas y daños.

La violencia doméstica representa un 9% de los casos. De los 1.063 casos remitidos, en 710 la mediación se llevó a cabo. La vasta mayoría de ellos eran casos de lesiones. En el 83% de los casos hubo acuerdo.

El 81% de los casos fueron remitidos por la Policía a los servicios de mediación.

En el 55% de los casos se llegó a un acuerdo no material (perdón, contrato de buena conducta, devolución de los objetos). En el resto de los casos el arreglo consistió en una cantidad de dinero o trabajo. El valor combinado de ambos elementos ascendió a la cantidad de 1.940.459 euros.

### *Investigaciones realizadas*

*Rentabilidad.* Según un estudio realizado en 1998 (Aaltonen), sobre 3.050 casos derivados a mediación, la mediación podría ahorrar a la sociedad 2,15 millones de euros al año. Teniendo en cuenta que el coste de un procedimiento criminal tradicional es de 1.000 euros y el

coste medio de un caso mediado es de 250 euros, el ahorro para las arcas públicas es significativo.

## V. Mediación y violencia contra la mujer

Se trata de un debate abierto y sin fin. Los argumentos utilizados por quienes rechazan abierta y frontalmente el uso de la mediación en la violencia doméstica son bien conocidos:

- Elevado riesgo de manipulación del proceso por parte del ofensor quien utiliza la reconciliación como parte del denominado ciclo de la violencia.
- El desequilibrio de las partes como consecuencia de la violencia ejercida por el ofensor que sitúa a la mujer en una posición de extrema debilidad.
- El riesgo de que la mujer pueda sufrir violencia durante el desarrollo de la mediación condicionando su resultado.

Otros riesgos son: falta de control judicial en el desarrollo de las sesiones, evitación o reducción de responsabilidad del lado del ofensor o injusta imputación de responsabilidad del lado de la víctima.

En este debate han sido los grupos feministas quienes con más ahínco han defendido la posición contraria al uso de la mediación, alertando del riesgo de retroceso en el logro de hacer visible lo que hace una década eran delitos de carácter privado, dando lugar a la minimización del significado penal y social de conductas gravísimas.

Este debate ha dado lugar a que en la mayoría de los países europeos se excluyan este tipo de delitos del ámbito de la mediación, exclusión que se materializa con una prohibición expresa de uso de la mediación (como ocurre en el caso español), único en el panorama europeo, o con el acceso con condiciones (como ocurre en Austria, Finlandia y Noruega) o simplemente quedando excluidos en la práctica de cada país como ocurre en el Reino Unido.

En el ámbito internacional ha dado lugar a una recomendación de prohibición de mediación desarrollada en el parágrafo 3.9.1 del libro para la legislación sobre violencia contra la mujer de la ONU de 2009<sup>2</sup>.

El grupo europeo por la justicia restaurativa (*European Forum for restorative justice*) ha realizado una alegación en la cual, reconociendo la realidad de todos los riesgos advertidos por los grupos feministas, se

---

<sup>2</sup> *Handbook for legislation on violence against women.*

manifiesta que prohibir el uso de la mediación en la violencia contra la mujer no persigue el mejor interés de la mujer por las siguientes razones:

- 1.<sup>a</sup> Si la mediación es aplicada conforme a los criterios de la justicia restaurativa deberá tenerse en cuenta de un modo efectivo, tanto el empoderamiento de la víctima como la responsabilidad del ofensor.
- 2.<sup>a</sup> Ambos efectos han sido probados con resultados positivos por varias investigaciones empíricas en los siguientes países: se han escogido de entre los 25 existentes, los cuatro más significativos según la evaluación de Marian Liebmann y Lindy Wootton (2008).

AUSTRIA. Según las investigaciones desarrolladas por Christa Pelikan (autora de la alegación) junto con otros en estudios de más de diez años de duración:

- La mediación ha contribuido a la separación de la pareja en casi la mitad de los casos.
- En el 83% de los casos las mujeres que respondieron no experimentaron ulterior violencia.
- En el 40% de los casos en los que la mujer continuaba con el ofensor o mantenía contacto con él y que no había experimentado más violencia, consideraba que la mediación había producido un cambio en el agresor.

CANADA. Edwards and Hanslett (2003) describen un programa de intervención en casos de violencia doméstica desde las agresiones físicas únicas hasta los supuestos de violencia continuada. Según los autores del programa la justicia restaurativa tiene mucho que ofrecer a las víctimas y a los agresores en ciertos casos y si se dan ciertos requisitos.

NORTH CAROLINE (US). La investigación fue llevada a cabo en el año 2005 con la finalidad de comparar las tasas de reincidencia dos años después de la mediación con los casos que habían seguido el curso normal de la justicia tradicional, incluidos los casos que habían recibido una sentencia de prisión. Se estudiaron 100 casos de mediación con acuerdo y se compararon con 118 casos que habían seguido el curso normal de la justicia. La tasa de reincidencia para los casos mediados fue del 16%.

En los supuestos incluidos en el curso normal de la justicia, en 59 casos la víctima no compareció y la falta de prueba dio lugar a una

sentencia absolutoria. De los 49 restantes, la tasa de reincidencia fue del 43%.

En los casos en los que el agresor no tenía antecedentes penales, la diferencia fue aun más evidente. Solo 2 de 55 reincidieron en la violencia para los casos mediados frente a 6 de 16.

La conclusión es que la mediación es más efectiva en prevenir el delito que el sistema de justicia tradicional.

SOUTH AFRICA. JOHANNESBURG. Según el estudio realizado por Diesel and Ngubeni en 2003, aunque con una muestra muy pequeña, (solo 21 mujeres) todas reportaron que después de un año habían encontrado cambios significativos en el comportamiento de sus parejas, con ausencia total de violencia. Quienes se habían separado, consideraron que la mediación les había ayudado a negociar los términos de la separación.

PHOENIX. Más recientes estudios llevados a cabo por Hema Hargovan (2008), esta vez con una muestra de 205 víctimas de violencia domestica, concluyen que la mediación puede tener una efecto importante en la prevención y reducción de las tasa de reincidencia de este delito (44 agresores habían reincidido en el delito).

Como conclusión, se afirma en la alegación que los resultados de la investigación empírica no abonan la teoría de la prohibición salvo que se corra el riesgo de privar a la víctima del potencial de efectos positivos que la mediación puede traer consigo.

El 11 de mayo de 2011 tuvo lugar la Convención para la prevención y combate de la violencia contra las mujeres en Estambul auspiciado por el Consejo de Europa. El artículo respectivo relacionado con la mediación establece que «las partes tomaran las medidas legislativas en orden a prohibir los procesos de ADR obligatorios, incluyendo la mediación y conciliación en todos los casos de violencia contra la mujeres».

Esta cláusula se valora como un paso adelante, pues es evidente que los principios de la justicia restaurativa incorporan la cláusula de la voluntariedad, de forma que ninguna mediación o forma alternativa es adoptada sin el consentimiento de las partes. Así pues, dicha cláusula no proscribela disponibilidad, el ofrecimiento y la atenta aplicación de los sistemas alternativos en los casos de violencia contra la mujer.

La nueva convención, deja abierta la puerta a la posibilidad de que los casos de violencia contra la mujer sean resueltos con procedimientos basados en los principios de la justicia restaurativa. Deja atrás políticas inspiradas en la ideología más que en los hallazgos científicos.



## 1. *El caso austriaco: Christa Pelikan*

### a) UN SISTEMA PROPIO DE MEDIACIÓN

En Austria se ha desarrollado un sistema propio para mediar los casos de violencia contra la mujer. Se trata del sistema mixto doble con su elemento central consistente en el espejo de las historias.

En síntesis el sistema es el siguiente: La mediación se lleva a cabo con dos mediadores: un hombre y una mujer. Las partes mantienen conversaciones separadas con los mediadores. Después se programa una sesión conjunta en la que cada una de las partes con su mediador se sienta enfrente de la otra.

Los mediadores se cuentan una al otro lo que han escuchado durante la sesión de mediación: la historia de la relación, la historia de la violencia sufrida, de las amenazas o de las coacciones.

Las partes tienen que permanecer en silencio durante el relato y solo después les es permitido comentar o corregir el relato hecho por los mediadores.

Este es el comienzo del intercambio de las partes sobre sus percepciones y expectativas. Puede ser interrumpido en cualquier momento por los mediadores cuando lo consideren adecuado para hacer una reflexión.

El efecto conseguido (*alienation effect*) escuchando la propia historia y la de la otra parte relatadas por el mediador promueve el reconocimiento en el sentido literal de volver a conocer más allá de la posición legal que cada uno ocupe en el proceso. Este reconocimiento es necesario para el empoderamiento que tiene como objetivo equilibrar la relación de poder entre las partes, proporcionando apoyo a la parte más débil. El reconocimiento además, en algunos casos promueve el cambio personal. Este cambio se produce a través de la experiencia de «ser escuchado, ser oído, afrontar la controversia y trabajar a través del conflicto». Aunque parezca sonar simple y trivial en lo que concierne al primer paso «ser escuchado y oído es la esencia del reconocimiento» que conduce al cambio personal.

De esta forma, los elementos centrales de la mediación (reconocimiento y empoderamiento) son alcanzados en una forma particular gracias al diseño profesional realizado.

### b) LA INVESTIGACIÓN REALIZADA POR CHRISTA PELIKAN

Christa Pelikan es una investigadora del Instituto de Sociología Jurídica y Criminología de Viena. Ha estado estudiando mediación y violencia contra las mujeres durante 20 años.

En un primer estudio llevado a cabo hace 10 años y titulado «La eficacia de las intervenciones de la justicia criminal en la violencia entre la pareja: comparando el juicio y la mediación», concluyó que los hombres no mejoran pero las mujeres se fortalecen<sup>3</sup>. Eran las mujeres quienes eran reforzadas y confirmadas a través de la mediación mientras que un profundo cambio personal en los hombres rara vez se producía.

En el nuevo estudio realizado y cuyas conclusiones se acaban de publicar, los resultados de los cuestionarios proveen pruebas empíricas sobre la eficacia de la mediación para prevenir la violencia dentro de la pareja por medio del empoderamiento de la mujer así como de un cambio de actitud del ofensor.

El estudio señala las repercusiones de la legislación en esta materia, su implementación, así como la contribución de la mediación al cambio de actitudes y comportamientos de los ofensores.

El estudio consta de dos partes:

- 1.<sup>a</sup> Un estudio cuantitativo que se realizó usando un cuestionario enviado a todas las mujeres víctimas de violencia que se habían sometido a un procedimiento de mediación durante el año 2006. El estudio se realizó entre un año y medio y dos desde que la mediación había tenido lugar. De 900 cuestionarios enviados solo 162 pudieron ser estudiados.
- 2.<sup>a</sup> Un estudio cualitativo consistente en la observación de los procedimientos de mediación, de las conversaciones individuales y de las sesiones conjuntas con los dos mediadores y las partes. Se observaron 33 mediaciones y se realizaron 21 entrevistas.

Los materiales fueron evaluados por un equipo de tres investigadores.

Para comprender el alcance del estudio es preciso tener en cuenta la nueva legislación en materia de violencia contra la mujer aprobada en Austria que permite a la Policía, después de evaluar la inminencia y seriedad de la amenaza o ataque y con independencia de los deseos de la mujer víctima, ordenar el inmediato abandono de la vivienda por parte del ofensor y notificar el caso al Fiscal si se ha producido algún acto criminal.

Los casos remitidos a los servicios de mediación incluyen amenazas y lesiones de naturaleza no grave, agresiones recíprocas y un número de casos donde el acto violento era la primera vez que tenía lugar.

---

<sup>3</sup> Men don't get better but women get stronger.

En el curso de 10 años, los Fiscales habían desarrollado un alto grado de entendimiento sobre los casos que resultan adecuados para la mediación.

### El estudio cuantitativo

1.º Características de las víctimas: El porcentaje de víctimas con educación más alta que la media fue superior debido a que las mujeres extranjeras fueron excluidas por falta de traducción disponible. El 36% de las mujeres manifestaron que el incidente denunciado era el primer incidente violento ocurrido dentro de la relación. Un 3% relataron varios incidentes similares dentro de un breve periodo de tiempo antes de acudir a la Policía. Más de la tercera parte había obtenido una orden de protección y un desalojo del agresor (por un periodo de diez días). Otra cuarta parte había obtenido una orden adicional del tribunal que extendía el plazo durante tres semanas en total. La mitad de las mujeres habían entrado en contacto con el Centro de intervenciones.

2.º Qué sucede después: Al tiempo de la mediación, el 32% de las mujeres ya estaban separadas y el 26% estaban en el trámite de hacerlo. Al tiempo en que el cuestionario fue remitido el 40% se había separado y ya no tenía contacto con el agresor, el 28% se había separado pero mantenía contacto por razones relacionadas con los hijos y un 30% seguía viviendo junto al agresor. El 17% de todas las mujeres experimentaron ulterior violencia, un 8% violencia reiterada.

3.º Empoderamiento y cambio: El 80% de las mujeres que no experimentaron ulterior violencia consideraron que la mediación había contribuido a conseguirlo (incrementando la capacidad de mantener las propias demandas, manejar los conflictos hablando o buscar apoyo y ayuda).

El 40% de las mujeres que habían permanecido en contacto con sus parejas manifestaron que estas habían cambiado como resultado de la mediación. En conjunto 22 hombres cambiaron como consecuencia de la mediación (un 14% del total).

### El estudio cualitativo

Una nueva tipología de casos ha emergido como consecuencia de este nuevo estudio:

- Mediación como reforzadora del cambio y posterior empoderamiento de las mujeres fuertes.

- Mediación como un punto en que el ofensor comienza su proceso de cambio.
- Mediación proporcionando apoyo para la separación.
- Mediación inútil dado que la pareja evita el esfuerzo de confrontación.
- Mediación como parte de un programa global de intervenciones.

En todos los casos el efecto más positivo ocurre cuando se consigue que el hombre se confronte con el daño causado a su pareja. En otros casos lo realmente determinante fue el potencial de la mediación para trabajar en equipo, de forma que la mediación era un eslabón en una cadena de intervenciones.

## Conclusión

Mirando a los dos estudios como algo complementario debe tenerse en cuenta el cambio social producido en el tratamiento de estas conductas lo que ha provocado un cambio de expectativas y una nueva mentalidad colectiva.

En este escenario, la mediación es apta para producir el siguiente paso, de forma que los hombres son inducidos a moverse desde el abstracto «la violencia no debe ocurrir» hasta la visión de «me he comportado de forma violenta y he dañado física y emocionalmente a mi pareja».

Como consecuencia dos grandes cambios se producen: el empoderamiento de las mujeres (generalmente reforzando cambios que se estaban produciendo ya en el camino) y en algunas ocasiones, se produce el cambio personal del ofensor como consecuencia de su participación en la mediación.

## 2. *El caso finlandés*

Desde los años 80 en Finlandia ha habido un gran debate en torno a la oportunidad de utilizar la mediación en casos de violencia contra la mujer.

En el año 2005 el Consejo Nacional para la Prevención del Crimen preparó un programa nacional para reducir la violencia y animó al uso experimental de la mediación en los casos de violencia dentro de la pareja.

Los acuerdos alcanzados en mediación de violencia dentro de la pareja han sido investigados por Sija Jarvinen y Erika Uotila dentro de un

estudio comparativo más amplio sobre la mediación y violencia en los Países Escandinavos, estudio todavía no concluido pero del que disponemos de una primera parte.

La investigación incluye la observación directa de 10 encuentros y el análisis de 138 acuerdos de mediación así como el análisis de los cuestionarios enviados a mediadores y fiscales.

La legislación finlandesa se ha ido progresivamente endureciendo, convirtiendo las lesiones que se perseguían privadamente en delitos perseguibles de oficio.

En el año 2009 un grupo de trabajo del Ministerio de Justicia propuso que incluso las lesiones más leves fueran perseguibles de oficio.

Los tipos de delitos remitidos a mediación fueron en un 90% lesiones. Y solo un porcentaje pequeño fueron lesiones muy leves.

En siete de cada diez casos la duración del procedimiento desde el incidente hasta el acuerdo duró menos de seis meses. No obstante, los Fiscales mostraron su preocupación por el hecho de tener que esperar a que el acuerdo sea cumplido para tomar una decisión en el caso.

De las 113 parejas que manifestaron tener relación al tiempo de ocurrir el incidente un 69% manifestaron seguir juntas tras el incidente<sup>4</sup>.

En un 56% de los casos no hubo compromiso escrito de cambiar el comportamiento en el futuro. En una tercera parte el compromiso consistió en el sometimiento a terapia.

En el 80% de los casos no hubo reclamación económica ni de ningún tipo, pero se incluyó una petición de perdón a la víctima y en un 63% de los casos se manifestó la existencia de arrepentimiento por los hechos.

La tercera parte de los acuerdos incluyó un periodo de seguimiento de un par de meses.

## Conclusiones

El análisis de los acuerdos revela que en la mayoría de los casos no se siguieron las recomendaciones sobre tipos de casos que se debían remitir a mediación.

---

<sup>4</sup> Un 19% manifestaron haberse separado tras el incidente y sobre el 12% restante se desconoce la situación por lo que el porcentaje de los que permanecen juntos podría ser más elevado.

Estas recomendaciones, incluían no remitir los casos en los que se hubiera detectado:

- abuso de alcohol o drogas
- padecimiento de enfermedad mental severa
- la ofensa incluye violencia de carácter sexual
- si la víctima expresa miedo acerca del encuentro
- si el ofensor abusa de la víctima tras iniciarse el proceso de mediación
- si el ofensor rechaza la ofensa o la minimiza
- si el ofensor presiona a la víctima para llegar a un acuerdo
- si el ofensor no permite que el abuso sea discutido
- si el ofensor utiliza la mediación para su propio beneficio
- si existe una orden de protección entre las partes.

Los investigadores detectaron, sin embargo que el caso más típico de delito remitido a mediación incluía una pareja que convive y que al menos una de las partes abusaba del alcohol o las drogas y en algunos casos desde mucho tiempo antes. Además las partes suelen tener otros problemas sociales, mentales y económicos añadidos e incluso en algunos casos problemas de exclusión social.

En la mayoría de los casos el delito era consecuencia de una conflictiva de larga duración que finalmente había desembocado en una llamada a la Policía. En bastantes casos ambos miembros de la pareja habían usado la violencia. Dado que habitualmente no se comunica a la Policía el primer incidente, ocurre que en muchas ocasiones los mediadores no son conscientes de que se trata de una violencia repetida hasta que la mediación se ha iniciado, lo que plantea el problema de si este criterio legal de remisión debería ser reconsiderado.

Entre los aspectos positivos de la mediación, los investigadores destacaron que la informalidad del proceso es una de sus principales virtudes: se considera que la mediación es un buen método para que las partes puedan dialogar genuinamente, expresar sus sentimientos y comprometerse a desarrollar un comportamiento no violento y a cambiar su estilo de vida.

Entre las críticas abiertas hacia la mediación en materia de violencia dentro de la pareja, se señala que tras la modificación legislativa de 1995 endureciendo el tratamiento penal de estas conductas, la mediación aparece como una forma de degradar la severidad del crimen y reducir la responsabilidad del ofensor.

También se señala que la violencia dentro de una pareja es esencialmente una cuestión de poder y dominio de la víctima a través de la violencia: favoreciendo la mediación se puede producir la falsa concep-

ción de que ambas partes están en el mismo nivel y que por ello la falta de equilibrio simplemente no existe. Incluso la posición de la víctima puede debilitarse aun más, si llega a aceptar parte de responsabilidad en lo ocurrido, empañando la naturaleza del crimen.

También se resalta como un aspecto negativo que la participación del ofensor podría producirse meramente con la finalidad de evitar la acusación. Sin embargo, debe reseñarse que a través de la mediación, la víctima presenta sus demandas o requerimientos al ofensor que puede comprometerse a realizar un tratamiento a través de un contrato. El seguimiento de sus obligaciones es realizado por la oficina de mediación y finalmente el caso siempre vuelve al Fiscal encargado de evaluar el grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados antes de tomar una decisión sobre el proceso. De ahí que no pueda sostenerse que la participación en mediación privatiza el delito dado que la mediación da lugar a la intervención de los poderes públicos del Estado y a pesar de la mediación el Fiscal puede tomar la decisión de formular acusación y llevar el caso a juicio. Según la valoración de los mediadores, las víctimas no consideran que la *diversion* sea el objetivo más importante de la mediación.

Cuando se compara la mediación con el sistema de justicia tradicional, la mayor parte de los problemas permanece. El método de justicia tradicional no asegura que la víctima esté a salvo de riesgo, no frena la violencia ni motiva al ofensor a buscar ayuda.

Un estudio realizado en Noruega en el año 2009 por Yngvil Grovdal concluye que las víctimas de violencia en la pareja consideran que el sistema tradicional de justicia está demasiado concentrado en el ofensor.

La violencia dentro de la pareja tiene unas características específicas que la diferencian del resto de otros tipos de violencia. Una de ellas son los vínculos emocionales y económicos así como los hijos. La convivencia produce constantes oportunidades para el delito y el empleo de la violencia es ciertamente muy fácil. La mayor parte de las víctimas opta por continuar su relación tras la violencia. La víctima raramente clama por el delito sino por otros aspectos tales como seguridad, bienestar de su familia y ayuda para que el ofensor cambie. En este punto es donde el conflicto entre los deseos de la víctima y los intereses colectivos se hace más evidente poniendo de manifiesto los problemas del sistema de justicia criminal.

La importancia de la responsabilidad penal frente a la sociedad no puede ser ignorada dada la naturaleza del delito. Pero debería mostrarse más atención a los deseos de la víctima. Parece que el siguiente paso debería ser poner el foco de atención en la víctima. En su empo-

deramiento y en la mejora de sus condiciones de vida. Esto puede hacerse a través de la mediación pero también desde el comienzo mismo de la intervención policial.

El equilibrio entre los deseos de la víctima y la responsabilidad del sistema de justicia criminal para reforzar la ley necesita ser definido.

## VI. Una propuesta de regulación

Una propuesta de regulación de la mediación penal de adultos debe partir necesariamente de la siguiente reflexión: ¿Que puede hacer la mediación penal por el sistema de justicia español?

La revisión de los sistemas legales de mediación europeos permite observar cómo cada sociedad organiza su sistema de justicia conforme a unos principios y valores propios en torno a los cuales se inserta el sistema de mediación.

El sistema de justicia criminal español, también tiene sus propios valores, principios y tradiciones fuertemente arraigados.

Así, en contraste con otros países, en España el principio de legalidad obliga a que todos los asuntos aparentemente penales que se comunican a la Policía, sean remitidos al Juzgado de Instrucción correspondiente, lo que da lugar a un movimiento anual de asuntos de más de seis millones de asuntos que en el último año ingresaron en los Juzgados de Instrucción.

En nuestro país, a diferencia de otros, la Policía carece de ningún poder discrecional para tomar decisión alguna sobre el destino de cualquiera de los citados asuntos. Solo el Juez de Instrucción puede decidir si un asunto se archiva porque no es constitutivo de delito o se sobresee provisionalmente porque no tiene autor conocido o por ausencia de pruebas que acrediten la comisión del hecho delictivo.

De los 6 millones de asuntos, mas de 3.300.000 (según estimaciones del CGPJ que el propio Consejo considera a la baja) se acaban archivando por alguno de los citados motivos.

Los restantes asuntos pueden dividirse en las siguientes clases: faltas (alrededor de 1 millón al año) DUR (delitos castigados con pena inferior a tres años de instrucción sencilla) y DIP que suponen algo más de 200.000 causas anuales. Los sumarios y juicios por jurado no suponen más de 3.000 causas.

El proceso penal español se caracteriza por la existencia de una fase judicial de investigación criminal, dirigida por el Juez de Instrucción, autoridad encargada de decidir sobre la incoación, tramite, archivo de asuntos o remisión al órgano competente para su enjuiciamiento. En



este último caso, culminadas las diligencias previas, se incoa el denominado procedimiento abreviado y se tramita la fase intermedia que servirá para fijar las respectivas posiciones de las partes (acusación y defensa) y establecer el objeto del juicio y el órgano encargado del enjuiciamiento. Es un procedimiento formal, rígido y garantista. Su duración media en unos juzgados como los de Baracaldo y en procedimientos de tramitación sencilla no baja de los diez meses. No es inhabitual que dure más de un año y en delitos algo complejos como la siniestralidad laboral los tiempos de duración de la investigación de forma frecuente alcanzan los cinco años.

Las DUR, como su nombre indica, son un procedimiento muy rápido que se tramita durante el servicio de guardia y obliga a tomar una decisión sobre el enjuiciamiento a lo largo de la primera comparecencia que se celebra ante el Juez. El acusado puede conformarse con la acusación en cuyo caso obtiene una rebaja de la pena o solicitar que se celebre juicio oral en un periodo de quince días.

En el caso de las faltas, es el propio juez de instrucción quien celebra los juicios a través de un procedimiento absolutamente sencillo. Las faltas prescriben a los seis meses, por lo que en dicho periodo de tiempo deben estar señaladas y celebradas generalmente.

Este diseño de nuestros procedimientos penales habrá de ser tenido en cuenta a la hora de reflexionar sobre el posible encaje que pueda tener la mediación en nuestro sistema penal.

### *Principios*

El principio que debiera orientar la elección de la mediación es el criterio de la legislación austríaca según el cual, deberá prevalecer la mediación cuando los intereses de la víctima estén mejor servidos, presumiéndose que están mejor servidos en todas aquellas ofensas que tienen una víctima personal.

Otro principio que sería de suma utilidad para obtener el máximo partido de la mediación es el de discrecionalidad.

Es esencial que alguna figura (Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal) desarrolle el papel de *gate keeper*, decidiendo qué hechos, teniendo en cuenta el principio de culpabilidad, mínima intervención penal y el superior interés de la justicia, deben quedar fuera del enjuiciamiento penal.

En la actualidad el principio que rige es el contrario, de forma que todo hecho susceptible de encajar en un tipo penal, cualquiera que sea su gravedad, la culpabilidad del presunto responsable y las probabili-

dades de condena acaba siendo enjuiciado y sentenciado, lo que carece de sentido en muchos casos por resultar antieconómico, en otros desproporcionado y en otros carente de sentido atendidos los fines de la pena. Ello contribuye a propiciar la sensación de que la justicia actúa mal, tarde y de forma desproporcionada.

Este principio de discrecionalidad es esencial para adecuar la respuesta penal cuando se produzca una mediación. Si la mediación se ha culminado con éxito y la ofensa es realmente leve (lo que actualmente se califica como falta) puede entenderse que el interés de la justicia está servido con dicha intervención.

En los demás casos debe servir para establecer la sanción justa y proporcionada una vez que se haya acreditado a través de la mediación que hay un reconocimiento de los hechos, una voluntad de cesar en la actividad delictiva y un acto reparador. En estos casos, puede establecerse un catálogo de medidas que, elegidas por el Ministerio Fiscal y homologadas por el Juez de Instrucción permitan dar por finalizado el procedimiento.

Otros principios que deben guiar la mediación son:

- Celeridad: la mediación no debe durar más de dos meses en su conjunto y debe ser suficiente con una sesión conjunta de mediación. El cumplimiento de los acuerdos debe tener también una duración limitada no superior a cuatro meses, de modo que en seis meses pueda concluirse con éxito la mediación, su acuerdo y supervisión.
- Rentabilidad: el coste de la mediación no debe ser superior al coste de celebración de un juicio.

1.º *Mediación y ofensas leves.* En principio, las faltas, por su levedad, sencillez y rapidez en la tramitación no justifican en términos de rentabilidad el servicio de mediación. Las faltas que se enjuician diariamente en los Juzgados de instrucción son de los siguientes tipos: lesiones de leve entidad, amenazas e insultos de carácter leve, incumplimientos de régimen de visitas y daños y hurtos de cantidad inferior a 400 euros.

De estas faltas, podrían beneficiarse de un servicio de mediación por orden de importancia, las que afectan al régimen de visitas y las amenazas y lesiones de leve entidad.

Los insultos deberían quedar fuera del ámbito del enjuiciamiento penal en la mayoría de los casos.

En todos estos casos, siempre que los hechos reúnan un criterio de gravedad que justifique la intervención penal, el servicio de mediación podría servir para actuar de forma inmediata, sobre hechos que se pro-

ducen en el marco de una relación preexistente (generalmente de vecindad o conocimiento previo) con la finalidad de establecer pautas de conducta que aseguren que la situación no se va a volver a producir. La consecuencia debería ser, si se alcanza un acuerdo y es cumplido, el archivo de la causa, por entender que el interés de la justicia se ha cumplido con la satisfacción de la víctima y el reconocimiento de los hechos y la reparación efectuada por el culpable.

Los hurtos y daños de cantidad inferior a 400 euros, se producen habitualmente en el contexto de una infracción criminal flagrante, en la que los autores en muchos casos son extranjeros y reincidentes, por lo que la acción de la justicia raramente es eficaz, ya que no acuden a los juicios de faltas. Y tampoco acudirían a un servicio de mediación.

La infracción, para dar lugar a un procedimiento penal, debiera tener un valor mínimo por debajo del cual se considere inviable económicamente el juicio.

Solo en los casos en los que pueda iniciarse una relación con el infractor por tener domicilio conocido sería viable la mediación como forma de evitar la escalada criminal. En estos casos, entre las consecuencias que debe llevar aparejada la infracción debe estar la prohibición de acudir al establecimiento comercial donde se ha producido el hurto durante un periodo de tiempo razonable, como forma de reparar a la víctima.

2.º *Mediación y DUR*. Los delitos que actualmente se están enjuiciando a través de las DUR, son en su mayoría delitos contra la seguridad vial por conducir bajo la influencia de las bebidas alcohólicas. Estos delitos en los que no hay víctima determinada, no son susceptibles de mediación.

Este tipo de procedimientos por la rapidez del enjuiciamiento no son susceptibles de beneficiarse de la mediación.

3.º *Mediación y DIP*. Dentro de las DIP hay dos grandes tipos de delitos donde la mediación podría desplegar toda su potencialidad de efectos positivos.

a) *Delitos violentos*. Por un lado los delitos violentos, generalmente lesiones producidas en el contexto de una riña en un bar de madrugada, o bien lesiones producidas en el contexto de incidentes de circulación, daños, amenazas o coacciones. Son un buen número de delitos en que en la mayoría de casos las partes se conocen previamente siquiera sea solo de vista, frecuentan la misma zona y la mediación podría a ayudar a prevenir la escalada violenta y contribuir a cerrar

un conflicto abierto como consecuencia del delito. En muchos casos no hay antecedentes penales.

Este tipo de mediación habría de producirse en la fase de investigación criminal de forma que alcanzado un acuerdo, el Fiscal pueda tomar la decisión más adecuada en orden o bien seguir adelante con las actuaciones calificando los hechos como delito o falta o bien considerar que procede el archivo de las actuaciones porque los objetivos de la intervención penal ya se encuentran cumplidos en los supuestos en que se aprecie una mínima culpabilidad del infractor.

En el caso de que los hechos sean calificados, el sometimiento a mediación debe ser entendido como una atenuante muy cualificada de reparación del daño que permita valorar el beneficio positivo que supone para la víctima que los hechos sean reconocidos sin necesidad de un juicio, que se le haya escuchado y que se le haya reparado convenientemente y a su entera satisfacción. Asimismo debe ponderarse positivamente el ahorro de costes para la justicia y la mayor probabilidad de no reincidencia tras el sometimiento a mediación.

b) *Delitos de violencia contra la mujer*. Por otro lado, están los delitos de violencia contra la mujer, que suponen casi un 40% de los delitos que comprenden este ámbito de enjuiciamiento criminal.

Un altísimo porcentaje de las causas de maltrato que se enjuician en los tribunales españoles no incluyen el delito de maltrato habitual y en cambio comprenden amenazas leves o lesiones de carácter leve, hechos que antes de la reforma eran calificados como falta generalmente de maltrato de obra sin causar lesión.

Se trata de delitos que en un amplio porcentaje de casos (superior al 50%) quedan sin pena debido a la renuncia de la víctima o a su abierta negativa a prestar declaración contra el procesado lo que constituye una grave revictimización y empoderamiento del agresor, que tras ser denunciado, con intervención de la Policía y el Juez, finalmente resulta absuelto.

En la estadística del primer trimestre de 2012 se refleja que en España los Juzgados de lo Penal dictaron un total de 8.575 sentencias de violencia contra la mujer de las que el 49,82% fueron condenatorias (42,72) y el 50,18% fueron absolutorias (4.303). Lo que refleja la existencia de un enorme campo de actuación en esta materia.

Para que este grupo de delitos pudiera beneficiarse de la mediación sería necesario que se produjeran varias modificaciones legales como atemperar la prohibición de mediación actualmente existente, así como eliminar la obligatoriedad de la pena de prohibición de residencia o aproximación de las partes actual obstáculo para los acuerdos en este

ámbito del enjuiciamiento dado que un alto porcentaje de parejas deciden seguir viviendo juntas<sup>5</sup>.

El enjuiciamiento de este tipo de delitos exigiría la adopción de varias salvaguardas entre las cuales podrían estar las siguientes exclusiones:

- Los delitos de maltrato habitual (físico o psíquico).
- Los sujetos que se hayan beneficiado de una mediación previa.

Como pre-requisitos deberían figurar:

- El consentimiento de la víctima.
- El reconocimiento de los hechos por parte del imputado.
- La constancia de una inequívoca voluntad del denunciado de renunciar al uso de la violencia en el ámbito de la relación de pareja así como la disposición de asumir compromisos en orden a modificar su comportamiento violento.

En estos casos, el acuerdo de mediación permitiría dar una solución a la víctima en un periodo muy breve de tiempo, con los efectos positivos que se han descrito en los estudios realizados en los países que lo practican; la víctima toma la decisión de separarse, refuerza su decisión inicial, sale fortalecida y en los casos numerosos en que se mantiene la convivencia, la tasa de reincidencia desciende de forma espectacular.

En todos los casos de mediación en este tipo de delitos, debe haber una calificación del Ministerio Fiscal en consonancia con la gravedad de los delitos por leve que sea la entidad de la violencia. El sometimiento a cursos de erradicación de conductas violentas o adicciones puede considerarse como forma de cumplimiento de pena de trabajos en beneficio de la comunidad, tras la última reforma del CP. La eliminación de la obligatoriedad de la pena privativa de derechos consistente en prohibición de aproximarse o comunicarse permitiría aumentar de forma exponencial las condenas por estos delitos, rentabilizando el enorme trabajo que se realiza en el juzgado, escuchando a las víctimas, y condenando a los agresores.

El ámbito de los delitos contra la propiedad también es un grupo de delitos que se podrían beneficiar de la mediación, pero exige una más cuidadosa selección de los casos dado que con frecuencia los responsables son personas con dependencia a las drogas de larga evolución, cuyo estado psíquico no favorece la comunicación con la víctima, tienden a no comparecer a las citas judiciales y a no responsabilizarse

---

<sup>5</sup> En el 55% de los casos la relación se mantiene en el momento de interponer la denuncia según la estadística del Observatorio de Violencia contra la mujer.

de su situación. Lo mismo ocurre con el otro gran grupo de delincuentes (extranjeros) con problemas de drogas y desarraigo social.

Por último un delito donde la mediación está demostrando gran potencialidad es en el delito de abandono de familia por impago de pensiones, pues permite un dialogo entre las partes tendente a despejar dudas por parte de la víctima y establecer mecanismos reales de pago adaptados a la situación concreta del obligado.

### *Procedimiento: la interrupción del proceso*

En la situación actual, quien decide si procede iniciar la mediación es el Juez Instructor o el Juez de lo Penal.

En la práctica totalidad de los países estudiados es el Ministerio Fiscal quien toma la iniciativa de acordar la procedencia de la mediación, junto con la Policía en algunos casos. En otros países como el Reino Unido, la propia Policía desempeña tareas de mediación.

Considero que la mediación debiera ser responsabilidad del Ministerio Fiscal, que de esta forma seleccionaría los casos que puedan salir del ámbito de la investigación criminal (tarea propia del Juez de Instrucción), por no ser propiamente necesaria la investigación judicial al haberse acreditado desde el inicio una situación de esclarecimiento de los hechos, unido a una voluntad del infractor de hacerse responsable de los mismos.

El Ministerio Fiscal sería el encargado de seleccionar los casos y solicitar la interrupción del proceso al Juez Instructor.

Alcanzado un acuerdo y cumplidas su determinaciones, el Ministerio Fiscal debería disponer de un margen de discrecionalidad para cerrar el caso cuando sea conveniente en interés de la justicia o seleccionar la pena o medida de carácter terapéutico, rehabilitador o educativa que sea necesaria atendidas las circunstancias concurrentes. La mediación en violencia contra la mujer debería ir seguida en todos los casos de una sentencia condenatoria como hemos razonado.

De no alcanzarse un acuerdo, se alzaría la suspensión de la fase de investigación y se continuaría con el trámite ordinario.

La duración media de los procedimientos de mediación no excede de tres meses. La duración media de unas DIP en unos Juzgados como los de Baracaldo de saturación media, tomando como referencia el momento en que los hechos llegan al Juzgado de Guardia y como punto final el momento en que se celebra el juicio en primera instancia, no es inferior a dos años. La ejecución de la responsabilidad civil en la mayoría de los casos comienza tras la firmeza de la sentencia a los tres años de haberse cometido el delito.

El uso de la mediación permitiría sacar del circuito habitual de la justicia un buen número de casos en los que no hay cuestión controvertida, al tratarse de delincuentes primarios en una gran mayoría, permitiendo actuar en un momento en que es posible prevenir con mayor eficacia la escala delictiva.

La escalada delictiva es particularmente grave en los casos de violencia contra la mujer en los que no es infrecuente que el agresor acabe con tres o cuatro causas, por delitos que individualmente considerados no son graves, pero que finalmente acaban conduciéndole a prisión, por acumulación de varios quebrantamientos de medida cautelar, junto a la causa principal y alguno o varios delitos contra la seguridad vial.

— La mediación permitiría conseguir los siguientes objetivos:

- Ahorrar costes de tramitación (en la actualidad los acuerdos se toman al final del procedimiento tras una tramitación que se prolonga durante años y no al inicio como sería deseable).
- Adelantar el momento en que los Antecedentes Penales lleguen al Registro contribuyendo a acortar el tiempo que media entre el delito y la sanción.
- Disminuir la reiteración delictiva al adecuar los tiempos de respuesta penales (en la actualidad cada delincuente dispone de un tiempo medio de dos a cuatro años para delinquir sin respuesta penal).
- Romper el ciclo del delito, contribuyendo a que el delincuente se responsabilice de sus actos delictivos desde una fase más temprana. Esto le permitiría cometer menos delitos y reintegrarse antes en la sociedad.
- Centrar los recursos judiciales en los casos que realmente merecen la atención del Juez Instructor.
- Garantizar una respuesta inmediata a la víctima que podría cobrar su indemnización con carácter previo a la homologación del acuerdo, recobrar la seguridad quebrada por el delito en un periodo de tiempo razonable y eliminar victimizaciones ulteriores derivadas de las citaciones judiciales.

### *Finalización del procedimiento: la pena*

Las relaciones entre mediación y sistema de justicia tradicional varían en los diferentes países en función de su tradición legal y la fuerza del principio de legalidad.

Los principales efectos de una mediación con éxito en el proceso criminal pueden ser:

- La interrupción del proceso.
- La suspensión de la acusación por un periodo determinado.
- La suspensión de la pena por un periodo determinado con o sin condiciones.
- El archivo de las actuaciones en la fase preliminar.
- La atenuación de la responsabilidad en la fase de sentencia.
- La mediación como parte de la respuesta penal.
- La mayor parte de los países siguen un modelo integrado en el que la mediación forma parte del sistema criminal.

Otros países utilizan la mediación como forma de desviación de los procesos penales en cuyo caso la mediación sustituye la respuesta penal.

Por último, otros países utilizan la mediación como un servicio adicional a la justicia criminal tradicional, después de que el juicio y la sentencia se hayan producido, en el contexto de la prisión, como ocurre en Bélgica.

Dado el vigor del principio de legalidad en nuestro país, solo cabe plantearse un sistema de integración.

En cuanto a la forma en que dicha integración se produce, la mediación ofrece una oportunidad excelente para reflexionar sobre el sentido de la pena.

En los sistema de justicia tradicional, la pena tiene dos objetivos fundamentales: la prevención general según la cual, el castigo o la pena tiene como función reforzar el significado de la norma violada dentro de la sociedad y la prevención especial que persigue influir en la persona que ha cometido el delito para que aprenda de la sanción impuesta. Con otras palabras: se persigue intentar adecuar el comportamiento del culpable en orden a evitar la imposición de la sanción.

Cabe preguntarse si estos fines se cumplen también mediante la mediación. El principio de prevención especial es claro que se cumple a través del aprendizaje, la interiorización de la norma y la integración social del ofensor ya que la mediación incide en la necesidad de incrementar el entendimiento de las consecuencias del delito y la aceptación de la responsabilidad penal.

Más difícil es visualizar el principio de prevención general dada la confidencialidad del proceso. Sin embargo, se trata de un proceso a través del cual la reparación hecha a la víctima confirma la validez de la norma y restaura la paz social.



El nuevo pensamiento se orienta más hacia la transferencia del poder de decisión hacia las partes implicadas, lo que potencia la credibilidad y confianza en el sistema.

Según este pensamiento, si el ofensor quiere reparar, la reparación puede ser considerada como una sanción, pues el público general percibe esa decisión como un cambio mental que debiera reducir la necesidad del castigo. Este cambio mental beneficia a la víctima al incrementar las posibilidades de ser reparada. Por último, el Estado juega un papel en la implementación del efecto de prevención mediante la confirmación del acuerdo en el tribunal.

En Finlandia se ha llegado a la conclusión de que con el sistema de justicia tradicional la prevención especial simplemente no funciona. La mediación puede contribuir a la restauración del principio de prevención.

Según algunos autores, por el contrario, la expresión de la desaprobación de la sociedad contra los ofensores, incluso en el caso de ofensas pequeñas no debería ser descuidada incluso si un acuerdo es alcanzado satisfactoriamente. En otro caso se corre el riesgo de confundir el significado de la responsabilidad penal con los esfuerzos reparativos.

Ahora bien, la mediación satisfactoria tampoco puede confundirse con el mero esfuerzo reparativo. El reconocimiento de los hechos, el diálogo con la víctima constituyen en sí mismas una respuesta penal, además del eventual acuerdo reparador. Además debe recordarse que sin la puesta en marcha del sistema de justicia, con su amenaza de sanción, la mediación con sus efectos beneficiosos, no se hubiera producido. En todos los casos opera el poder punitivo del Estado.

El sistema de justicia, debe enviar claros mensajes a quien muestra el deseo de reconocer el delito y reparar el daño quien debería ser honrado por ello con una disminución clara de las consecuencias penales. Estos mensajes pueden suponer un auténtico cambio en el sistema de enjuiciamiento.

De ahí que otro de los principios que debiera manejarse con claridad es el compromiso de la Fiscalía para reflejar en sus escritos de acusación dicha disminución clara de las consecuencias penales.

Observamos con mucha frecuencia que la reducción de un tercio para quienes desean acogerse a la conformidad en la Guardia es a menudo ficticia, pues la rebaja se opera no desde el mínimo penal sino desde una pena media con independencia de que las circunstancias de los hechos lo justifiquen o no de forma que al final se alcanzan las mismas penas que se obtendrían en un Juzgado de lo Penal, tres años después de trámites, gastos para el contribuyente, molestias para la víctima del delito y deterioro de la imagen de la justicia.

La eficacia del sistema de mediación debe contar con la comprensión del sistema por parte de todos. No se trata de debilitar la respuesta penal, antes bien de fortalecer el sistema de justicia existente aumentando las posibilidades de reintegración social del ofensor, disminuyendo la delincuencia y garantizando la reparación de la víctima.

Sin esta clara comprensión del sistema por parte del Ministerio Fiscal, cualquier intento de utilizar la mediación está abocado al fracaso.

Por último es necesario establecer cautelas, para evitar que se acerque a la mediación quien solo busca beneficiarse de la rebaja de pena de forma que debe limitarse las posibilidades de acudir a la mediación a quien no se haya beneficiado anteriormente de la mediación.

### *Conclusión*

Una reforma de la LECR para introducir la mediación en España es necesaria y podría estar basada en los siguientes principios:

1. Aplicable a todos los delitos sancionados con penas inferiores a cinco años de prisión.
2. Decidida y controlada por el Ministerio Fiscal que solicitaría la interrupción del proceso al juez Instructor.
3. Con aplicación del principio de discrecionalidad si se alcanza un acuerdo que permita archivar el proceso en los casos de afectación mínima del principio de culpabilidad.
4. Aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño sobre la base de una solicitud de pena ajustada a los mínimos legales.
5. Homologada por el Juez de Instrucción o Juez de lo Penal.
6. Suspensión del proceso mientras se tramita la mediación con un plazo de dos meses prorrogable por otros dos.
7. Reanudación del proceso, si la mediación no se inicia o no se cumplen los acuerdos de mediación.
8. Aplicable a los delitos de violencia contra la mujer con las exclusiones y limitaciones indicadas.

## VII. Bibliografía

JARVINEN, Saija / UOTILA, Erika: «No further claims». *Analysis of the agreements reached in intimate relationship violence mediation meetings in Finland*.

**Cuadernos penales José María Lidón**

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 205-235

- MIERS, David / WILLEMSSENS, Jolien (2004): *Mapping Restorative Justice. Developments in 25 European Countries*.
- MINISTRY OF JUSTICE AND LAW OF THE REPUBLIC OF HUNGARY (2010): *European best practices of restorative justice in the criminal procedure*.
- PELIKAN, Christa / BACHINGER, Leo Matteo (2012): *Victims and restorative Justice. An Empirical study of the needs, experience and position of victims within restorative justice practices*. Contry report. July.
- PELIKAN, Christa (2012): *On the efficacy of victim-offender mediation in cases of partnership-violence in Austria. Men don't get better but women get stronger: is it still true ?outcomes of an empirical study*. July.
- VANFRAECHEM, Inge / ARTENSEN, Ivo / WILLEMSSENS, Jolien (2010): *Restorative justice Realities. Empirical research in an European context*.



# La Justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario

Ángel Luis Ortiz González

Magistrado. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Madrid

«... si haces lo que siempre has hecho, obtendrás lo que siempre has obtenido».

*Paul Meyer*

## I. Planteamiento

La justicia penal gira en torno a la noción del castigo y ello genera, especialmente cuando la sanción es una pena privativa de libertad, en las personas que reciben ese tipo de condenas irresponsabilización, despersonalización e incapacidad para asumir las consecuencias negativas de sus actos. Se trata de una justicia retribucionista, en la que el interrogatorio prima sobre el diálogo y en la que el propio sistema normativo propicia que el interesado tenga que mentir. En todo ese entramado la víctima aparece olvidada, sin comprender que es lo que sucede dentro del proceso y sin recibir ni siquiera una explicación a los perjuicios que ella padeció con el hecho delictivo.

La mayoría de los perjudicados por un delito, acuden al juzgado y se someten a una ritualista parafernalia procesal de difícil comprensión para ellos. Durante el proceso no comprenden lo ocurrido y normalmente no llegarán a conocer la verdad de lo que sucedió, ya que el acusado se defenderá negando los hechos. Además, durante los últimos años se han ido dictando cada vez más las llamadas sentencias de conformidad; su número alcanza el 50% de toda las que se dictan. En todos esos casos la víctima es llamada al juicio y al margen de ella se obtiene un acuerdo del que muchas veces ni siquiera es informada. Al terminar la actuación de la justicia, la víctima en muchos casos desconocerá cuál será el futuro de la persona condenada y el porqué fue elegida ella. Lo único que le quedará es un sentimiento de venganza

que tratará de paliar deseando una larga pena de prisión para el condenado.

Esa forma de impartir justicia ha dado lugar a que España se encuentre en este momento entre los países que tienen una tasa de encarcelamiento más altas de Europa con 150 reclusos por cada 100.000 habitantes<sup>1</sup>. La media de la Unión Europea se sitúa en 102 reclusos (República Checa tiene 221 reclusos; Polonia, 220; Eslovenia, 203; Hungría, 173; Gran Bretaña, 146; Portugal, 123; Italia, 102; Alemania, 95)<sup>2</sup>. Lo verdaderamente chocante es que la tasa de criminalidad en España —delitos por cada mil habitantes— era de 48,4 por cada 1.000 habitantes en el año 2011, una tasa por debajo de la media europea que se cuantifica en 64,9<sup>3</sup>.

La conexión de esas dos variables (tasa de criminalidad y tasa de encarcelamiento) pone de manifiesto que en España se comenten menos delitos que en los países de nuestro entorno y sin embargo se encierra a un mayor número de personas. Esa consecuencia se produce por muchas y variadas causas, entre ellas por el uso y abuso de utilizar el Código Penal y su respuesta punitiva por excelencia (la pena de prisión) para solucionar todos los conflictos (violencia doméstica o de género sin graves consecuencias, impago de pensiones, infracciones relacionadas con la seguridad vial, protección de los derechos de autor y de la propiedad intelectual. etc.), incluso aquellos que admiten respuestas sancionadoras alejadas de la privación de libertad.

Frente a esa realidad aparece o debería aparecer la justicia restaurativa o justicia reparadora, en la que el conflicto se intenta resolver mediante la implicación de las partes unas veces como complemento y otras como alternativa al proceso penal. El propio Fiscal General del Estado en el discurso de apertura del año judicial correspondiente al 2012, al referirse a la elevación de las penas como única respuesta que a veces ofrece el derecho penal, se refirió a que hay que buscar formas alternativas, mencionando a la mediación penal como una de esas alternativas, para que la víctima se sienta parte activa y escuchada en el proceso de resolución del conflicto y que obtenga una reparación no sólo económica del daño sufrido, sino también moral de modo que se alcance una verdadera conciliación. También el Ministro de Justicia en su comparecencia ante el Senado el pasado mes de octubre de 2012, ha anunciado que la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal introduci-

---

<sup>1</sup> El 19 de octubre de 2012 la prisiones españolas albergaban a 69.408 personas, según datos ofrecidos por la Secretaria de Estado de Instituciones Penitenciarias.

<sup>2</sup> Datos obtenidos del Center for Prisional Studies.

<sup>3</sup> Datos facilitados por el Ministerio del Interior.

ría la mediación en el orden penal siempre que cuente con el consentimiento de la víctima.

Una de las características más relevantes de la mediación es la necesidad de posibilitar una participación personal activa en el proceso de la víctima y del delincuente. En todo proceso mediador se reconoce el interés legítimo de las víctimas para expresarse, para comunicarse con el delincuente y obtener disculpas y una reparación; de esa forma se refuerza el sentido de la responsabilidad en los delincuentes al tiempo que se les ofrece oportunidades concretas para enmendarse, lo que puede facilitar su reinserción y rehabilitación. La mediación permite tomar conciencia de la importancia del individuo en el tratamiento de los delitos y la solución de los conflictos a ellos asociados, así como para lograr que la justicia penal alcance resultados más constructivos que no se fundamenten sólo en la pena de prisión.

Como se aprecia en la siguiente representación gráfica, tanto en un acuerdo finalizado tras un proceso de mediación, como en una resolución judicial, siempre aparecen tres aspectos que inevitablemente estarán presentes en la parte final del acuerdo o de la resolución judicial: poder, derecho e interés. La diferencia radica en el diferente grado de incidencia que esos tres aspectos tienen según se trate de una mediación o de una resolución judicial. Mientras que en la primera lo que prima es el interés de las partes, en la sentencia lo fundamental será el poder, como expresión última del imperio de la Justicia a la hora de resolver conflictos. Hay que resaltar que en la mediación existe una ausencia total de poder institucional, el mediador actúa en situación de igualdad con las otras dos partes. Esa falta de poder del mediador es la que le induce a mantener una posición activa que propicia el dialogo y la escucha.

En una mediación	En una resolución judicial
PODER	PODER
DERECHO	DERECHO
INTERÉS	INTERÉS

La inevitable participación de las partes en el proceso mediador, que siempre tendrá un carácter voluntario, da lugar a que las mismas adquieran un mayor compromiso, de cara a respetar y cumplir el resultado final que se adopte. Resulta esencial la voluntad con la que hacen frente a las obligaciones que se derivan del documento en el que quedan plasmadas las mismas. El grado de satisfacción es muy diferente

cuando el acuerdo es consensuado y se obtiene con la participación de las partes, a cuando la decisión la adopta un tercero y se impone de manera coactiva por imperativo legal. En toda mediación la persona aparece como protagonista en la resolución de su conflicto.

Según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial, en una experiencia de mediación penal realizada en diez órganos judiciales penales, en el que se realizaron 310 procesos de mediación, los sentimientos de las víctimas antes y después de haber pasado por esos procesos se resumían en los siguientes cuadros:

— Sentimientos de la víctima antes del proceso de mediación

- |                                 |                |
|---------------------------------|----------------|
| • Miedo                         | • Enfado       |
| • Dolor                         | • Frustración  |
| • Indignación                   | • Preocupación |
| • Emocionalmente desequilibrado | • Desamparo    |
| • Indefensión                   | • Culpa        |
| • Daño                          | • Fragilidad   |
| • Rabia                         | • Agobio       |
| • Impotencia                    | • Depresión    |
| • Cansancio                     |                |

— Sentimientos de la víctima después de la mediación

- |                             |                              |
|-----------------------------|------------------------------|
| • Tranquilidad              | • Ser escuchado              |
| • Satisfacción              | • Paz                        |
| • Serenidad                 | • Alegría                    |
| • Eliminación de prejuicios | • Reparado                   |
| • Incomprensión y rabia     | • Reconocimiento             |
| • Agradecimiento            | • Satisfacción               |
| • Esperanza                 | • Afecto                     |
| • Seguridad                 | • Alivio                     |
| • Reconciliación            | • Idéntica emoción que antes |
| • Confianza                 | • Autoestima                 |
| • Compresión                |                              |

Además de todas las bondades que se acaban de exponer respecto a los beneficios que se obtienen cuando un conflicto se resuelve a través de un proceso de mediación, conviene también tener presente en este contexto de crisis económica generalizada que mantener un sistema penal basado fundamentalmente en la pena de prisión resulta caro. Según los datos facilitados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias cada plaza de nueva construcción en los nuevos centros que se inauguran suponen para las cuentas públicas 80.000 €



(el coste final de un centro tipo de 1.400 plazas, es de 112 millones de euros) sin contar en esa cantidad el mantenimiento de esos centros. Cada interno en un centro penitenciario durante el año 2010, supuso un coste anual de 19.998,35 € según las previsiones que contenían los presupuestos generales del Estado, sin incluir en ese coste el sueldo de los funcionarios y de los miembros de los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado encargados de su custodia.

Debe dejarse constancia en este punto del buen uso que se está haciendo de la justicia restaurativa en el País Vasco, en donde un 65,75% de los juzgados penales utiliza ese procedimiento para resolver conflictos, mientras en el resto de España ese tanto por ciento se reduce al 3,41%. Durante el año 2011 en 706 procedimientos, se intentaron resolver a través de procesos de mediación<sup>4</sup>. Según los objetivos del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco, es en el orden penal donde la justicia restaurativa se plantea como alternativa, siendo precisamente en los delitos graves donde tiene mayor potencialidad por ir a la base del conflicto.

## II. La Justicia restaurativa en la fase final del proceso (ejecución). Especial referencia a los delitos muy graves

La mediación debería contemplarse en las tres fases del proceso penal (instrucción, enjuiciamiento y ejecución). Antes de iniciar el proceso, el principio de oportunidad debería ser recogido en la futura normativa para evitar que el proceso comience. Una vez iniciado el proceso, debería contemplarse la posibilidad de hacer una mediación intraprocesal, dando respuesta así a las obligaciones de transposición que afectan a nuestro país por la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal. Incluso en la fase de ejecución, después de haberse dictado sentencia, podrían articularse medidas que hicieran compatibles los acuerdos logrados en una mediación con el cumplimiento de las penas o de las medidas de seguridad, e incluso la posibilidad de suspender o sustituir las penas privativas de libertad.

En la fase de ejecución pueden aparecer situaciones que dificulten el lograr un acuerdo mediador, ya que es posible que con anterioridad se haya intentado una mediación sin llegar a un acuerdo. Por otra

---

<sup>4</sup> Datos obtenidos de la intervención de Roberto Moreno Álvarez, Jefe del Servicio del Área de Justicia de Adultos del Gobierno Vasco. Intervención presentada en las II Jornadas de Justicia Restaurativa, octubre de 2012, Barcelona.

parte existen otras circunstancias que favorecen o que pueden propiciar, en este momento, el éxito de una mediación. El tiempo transcurrido desde el hecho delictivo, produce en la víctima y en el infractor, reflexiones que no fueron capaces de tener en los momentos inmediatamente posteriores al delito.

En infracciones de cierta entidad, con penas privativas de libertad largas, el tiempo en prisión hace aflorar al causante del delito sentimientos hacía la víctima que inicialmente nunca tuvo. La propia evolución humana provoca en el ser adulto procesos de reflexión que surgen en torno a los 40 años y que, sin embargo nunca aparecieron cuando la persona tenía entre 20 y 30 años, que suele ser el periodo de producción delictiva más intensa.

Instituciones como la suspensión de condena (arts. 80 a 87 del Código Penal), la sustitución de la pena (arts. 88 y 89 del Código Penal) o la petición de indulto (art. 4.4 del Código Penal), pueden resultar esenciales para propiciar que el condenado se someta a un proceso de mediación.

En los tres casos señalados la existencia de una mediación finalizada con éxito, debería ser legalmente contemplada como un requisito esencial para acordar una suspensión, sustitución o la petición y concesión de un indulto. No sería eficaz o presentaría serias dificultades el imponer por el tribunal, que tras una suspensión o sustitución, el condenado deba someterse a un proceso de mediación, ya que en la misma habrá que contar inevitablemente con la aceptación de la víctima.

En todo caso, antes de decidir sobre suspender o sustituir la pena, el tribunal debería valorar el comportamiento y la buena disposición del condenado a participar en una mediación y los actos concretos que haya realizado para reparar el daño, cuando la víctima se haya negado a ello.

Además en estos supuestos el incumplimiento total o parcial de la reparación, tiene una fácil solución jurídica; el incumplidor pasaría, según el grado de ese incumplimiento, a cumplir la pena suspendida o sustituida.

En términos generales en esta fase del proceso, el condenado conoce ya la sanción que le corresponde por el ilícito que cometió y ello puede propiciar un mayor interés por evitar cumplir la pena, a cambio de realizar la función reparadora y resocializadora a la que se comprometa.

Desde el punto de vista del derecho penitenciario, una mediación finalizada con éxito podría tener consecuencias directas en alguna de las siguientes previsiones normativas:

- Permisos de salida (art. 47.2 de L.O.G.P.).
- Progresiones de grado (art. 72 L.O.G.P.).
- Obtención de la libertad condicional (arts. 90 a 93 del Código Penal).
- Aplicación del régimen general de cumplimiento (arts. 78.3 y 36.2 del Código Penal).
- Supresión o disminución de las sanciones disciplinarias (art. 256 del Reglamento Penitenciario).

Un aspecto de especial importancia respecto de la justicia restaurativa en la fase de ejecución es la de determinar si es posible aplicar esa clase de justicia en delitos extremadamente graves (agresiones sexuales, asesinatos y lesiones graves en actos terroristas). La muerte de un familiar en esas circunstancias o las lesiones padecidas provoca inseguridad y desconfianza vital en las personas. El dolor, la rabia, la ira, la angustia, la incomprensión y la impotencia por el daño recibido pueden provocar en la víctima sentimientos de venganza, odio y resentimiento que llegan a bloquear cualquier intento de abordar ese problema desde la justicia restaurativa.

Los sentimientos en el caso de las víctimas que padecieron un hecho delictivo grave, pueden generar en ellas padecimientos y angustia que supongan de por vida una auténtica tortura. Se trata de impedir que el miedo y la inseguridad se enseñoreen de la propia vida y cronifiquen el odio hasta el punto de conducir a la enfermedad. Ante esa realidad el método del dialogo desde «la mediación» a «la justicia restaurativa» puede permitir el establecer una comunicación eficaz donde aparezca la narración de los hechos delictivos y la expresión de las emociones y sentimientos. La palabra y la escucha son los instrumentos más eficaces para comprender el daño causado y expresar el sufrido, permitiendo la posibilidad de un reconocimiento personal mutuo.

En esta materia la experiencia más interesante se ha realizado durante el segundo semestre del año 2011 y hasta el mes de mayo de 2012. Durante esos meses un grupo de mediadores (facilitadores, según la terminología utilizada por ellos), con la colaboración de la Dirección General de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco, prepararon encuentros restaurativos entre presos que habían abandonado la organización terrorista ETA y víctimas que habían sufrido las consecuencias de sus acciones<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Los datos y consideraciones que aparecen a continuación han sido facilitados amablemente por Esther Pascual Rodríguez y Julián Carlos Ríos Martín los cuales, junto con otros profesionales, hicieron posible que 11 encuentros restaurativos acabaran con éxito.

La metodología de trabajo en estos casos de graves delitos, guarda relación con los planteamientos que realiza Folger y Bush en su libro «la promesa de la mediación». En él se parte por un lado del necesario reconocimiento del otro como ser humano y por otro del poder de transformación que experimenta toda persona por el mero hecho de pasar por un proceso de mediación. Expresar la historia personal, las motivaciones, los sentimientos, los daños sufridos, las violencias soportadas y las ejercidas, constituyen una parte integral de todos los procesos reparadores, ya que la víctima liberará sus emociones, el dolor padecido y el agresor podrá reajustar su conciencia interna y cuestionarse los valores que le llevaron a realizar el delito.

Para iniciar y participar en esta clase de encuentros habrá que tener en cuenta una serie de presupuestos o principios que pueden enumerarse de la siguiente manera:

- El proceso principal de mediación deberá ir acompañado de una fase previa de sensibilización general, que permitirá conocer las circunstancias personales que concurren en las personas llamadas a cada encuentro, para poder saber si el agresor acepta y si la víctima está predispuesta a participar. En todos los casos se ha considerado positivo que el encuentro víctima-ex terrorista se realizara en el interior de la prisión.
- La participación debe ser absolutamente voluntaria en cualquiera de los momentos.
- La participación no debe ser una garantía de que el encuentro cara a cara vaya a realizarse, sino que también pueden aparecer otras formas indirectas de intervención.
- Las víctimas deberán ser mayores de 18 años.
- El diálogo debe centrarse en lo ocurrido y en las circunstancias personales de los hechos delictivos.
- La persona facilitadora del encuentro desde su imparcialidad, no impondrá soluciones o expectativas, ni garantizará ningún resultado. Al mismo tiempo tendrá la responsabilidad de interrumpir el encuentro cuando aparezcan actitudes o acciones destructivas.
- Los intervinientes pueden estar acompañados por quienes quieran.
- Cualquiera que sea el resultado del encuentro no caben beneficios penales ni penitenciarios derivados de la participación y en su caso del acuerdo, salvo los que contemple la legislación penal o penitenciaria y en idénticos términos al resto de los presos, pero no necesariamente vinculados al proyecto de justicia restaurativa.

- Cualquiera que sea el resultado del encuentro no caben alusiones al pago de las responsabilidades civiles que fueron fijadas por sentencia y que seguirán el trámite de la ejecución penal. Lo económico queda fuera de la agenda de la reconciliación, pues se trata de una reconciliación humana, en la que quedan al margen los aspectos patrimoniales.

Los itinerarios personales tanto de agresores como víctimas y las motivaciones para iniciar esta experiencia son personalísimos. Pasan por el universo de lo religioso, la pura empatía, el anhelo de paz interior, la preocupación por los que vienen detrás o sentimientos de imposible definición. Por debajo de todos, la paulatina conciencia del horror y del error. Una conciencia que se ha ido cultivando a lo largo de años, lustros, en algunos casos décadas. No es un sentimiento repentino ni oportunista. La construcción de la paz necesita, además de las verdades oficiales que aparecen en las resoluciones judiciales, otra verdad: la expresada por quien ha cometido el delito. Expresión de datos que responsabiliza a quien los emite ante quien los sufrió; espacio de encuentro en el que el valor ético del rostro humano adquiere su mayor intensidad. La verdad que se busca en un proceso de reconciliación consiste en recuperar los hechos tal y como sucedieron.

La experiencia común a muchos presos es que los muros penitenciarios llenan los meses de infinita soledad y rabia, más tarde de duda y cuestionamiento radical, finalmente de búsqueda del sentido de la propia vida que se vive irreparablemente acortada. El encuentro con la propia humanidad rota y la de otros permite un cambio de actitud. En estos encuentros surge la necesidad de conocer la verdad, los motivos y los detalles del hecho que dio lugar al delito. Esa verdad que solo conoce quién cometió el crimen y que siempre es mucho más auténtica y real que la que aportan los juicios penales. El conocimiento de esa verdad, permite la devolución a la víctima o sus familiares de la parte del reconocimiento que les faltaba: la que solo puede aportar quien con su acción arrancó una vida o la dejó maltrecha. Para muchos condenados, era la primera vez que tenían que narrar los hechos, expresando, sin sentirse juzgados, sus propios sentimientos. Nadie les había preguntado nunca acerca de sus sentimientos y contradicciones.

Por su parte, quien ha sido víctima también necesita su tiempo vital para iniciar este proceso. El encuentro restaurativo es un derecho de la víctima no del terrorista. Por ello, por parte de la primera se requiere capacidad para escuchar e integrar la verdad relatada por el agresor. La víctima siente que tiene una necesidad no satisfecha: la de saber y la de preguntar, también la de reprochar al verdugo y hacerle saber el

sufrimiento padecido. Es un tiempo de forzada maduración, de asentar el duelo, asumir lo inasumible y, en lo posible, de sosiego. Antes de llegar el momento cumbre del encuentro, en todos los casos existió un proceso de preparación para comprobar que la víctima estaba preparada para escuchar la verdad, relatada no por terceros sino por el propio agresor. Esa verdad desnuda y sincera que nadie pudo ni supo contestar y que exige que el ex terrorista esté en disposición de reconocer su responsabilidad sin coartadas ni falsas justificaciones. Forman parte de esa verdad las íntimas motivaciones personales del agresor para entrar en la organización criminal, su funcionamiento operativo, el pensamiento que habitaba en ellos el día en que mataron, el proceso de selección de su familiar como «objetivo», qué sintieron antes y después de asesinar, el tiempo de cárcel sufrido, el momento de abandono de la violencia y de la organización así como su proceso de cambio interno.

Común a todas las víctimas fue la necesidad de conocer la verdad y los detalles de los hechos. Esta aproximación a la verdad material permitió cerrar duelos inconclusos o iniciar tránsitos hacia ese fin. Es la única posibilidad de contestar a preguntas no respondidas o a dudas sin resolver, porque los hechos probados en la resolución judicial de condena al culpable no los aportaban, en buena medida porque la «verdad procesal» no los contenía.

En el plano ético apareció siempre una evidente superioridad moral de la víctima por el hecho de ser tal. En todas las situaciones en las que se intervino existía un previo pronunciamiento de la Administración de Justicia que, a través de los hechos probados y, finalmente, en el fallo, definió perfectamente la verdad formal de lo sucedido, las responsabilidades penales y civiles, el infractor y los daños infligidos a la víctima. A efectos restaurativos se trata de superar toda catalogación en términos bélicos, utilizando términos como «vencedores y vencidos». Cada uno de los intervinientes ha sufrido una serie de consecuencias negativas y aspira a obtener sus recompensas.

En la Justicia restaurativa todos los partícipes salen ganando y la ganancia de uno no supone ninguna pérdida para el otro; bien al contrario, la ganancia de uno añade beneficios al otro. Se trata de una estrategia que potencia la cooperación frente a la competitividad. Por eso, propiamente, todos son vencedores, en torno a una paz que se conseguirá colectivamente, y todos son vencidos, porque todos han acumulado sufrimiento. Restaurar es curar y apostar por lo que recrea vínculos, no por lo que levanta murallas insalvables. Dentro del proceso de justicia restaurativa resulta esencial el tratar de reconstruir la verdad y dejar que fluyan las emociones y acompañarlas y tratarlas con ayuda especializada en su caso. Romper el proceso de justificación racional de

muerte y violencia dura años, es extraordinariamente costoso. Quienes han llegado hasta este proceso restaurador han pasado muchos días de soledad, de cuestionamiento profundo, de íntimo malestar, de confrontación con su conciencia. En muchos casos, es el resultado de un proceso que siempre dura años.

El arrepentimiento y la responsabilización del agresor por el daño causado, suponen un reconocimiento de su conducta y podrá dar lugar al perdón, sin que ello suponga una renuncia a la justicia, la cual ya hizo su pronunciamiento. Sin este reconocimiento personalísimo, más allá del necesario proceso judicial, no se podrá retornar verdaderamente a una convivencia humanizadora. Los autores de los crímenes deben ofrecer la verdad que les atenaza. Para formularla necesitan ayuda. En las entrevistas individuales se ha ido constatando que la responsabilización por la conducta criminal es real, no ficticia, ni creada o elaborada artificialmente para obtener beneficios, sino que es sincera y profunda.

El perdón permite el avance hacia la paz donde antes había situaciones violentas, sin perdón se produce un enquistamiento personal del odio, de la rabia y del deseo de venganza que de manera constante supone una tortura para la víctima. La responsabilización del agresor y el perdón de la víctima por ese orden, supondrá la culminación del proceso restaurativo. Incluso en los casos en los que se niega el perdón solicitado, aunque sea doloroso, no tiene por qué ser catastrófico. El victimario sabe que no tiene derecho a ser perdonado. El perdón nunca se merece. Es algo que pertenece a quien sufrió el daño y se puede ofrecer o no. Sin embargo, es indudable que el perdón pedido y ofrecido dignifica a quien lo regala. Y desde luego acaba por sanar más a quien lo ofrece que incluso a quien lo recibe. La víctima ya no queda enroscada en el odio ni el sufrimiento se le enquista. No se trata de olvidar lo que ha ocurrido. Se trata de abrirse, víctima y ofensor, a un futuro que no quede definitivamente cerrado por un terrible pasado.

En todo caso, nada debe hacer olvidar todo un proceso de atención continuada a la víctima, que no puede estar ni condicionado ni dirigido a lograr el perdón. La víctima tiene derecho a restañar sus heridas y a sanar su mundo emocional, con independencia de que luego quiera o no perdonar. Nada se debe supeditar al logro del perdón. No es ese el objetivo. Sería hacerla entrar en el proceso con una responsabilidad que no tiene.

Para perdonar es necesario determinar la verdad de los hechos y dialogar acompañando a la víctima en el dolor de sus heridas. En estos casos el transcurso del tiempo será un elemento imprescindible para

poder llegar a ese perdón, como expresión que surge desde lo más profundo del ser humano, se trata de un acto decidido y reiterado de la voluntad de la persona que es capaz de superar el orgullo herido, mediante el cual se renuncia a quedar aprisionado por esos sentimientos de odio, rabia y venganza. El perdón exige la responsabilización del agresor por el daño causado; una expresión de reconocimiento explícito de que la conducta fue un error y un horror para la víctima. Sin ello, el perdón no es posible; quedaría en una mera disculpa. El perdón es memoria de lo que se perdona, pero también es curación de la capacidad destructora de los recuerdos. Porque el pasado violento olvidado es fuente de resentimientos y porque solo la verdad permite el adecuado reconocimiento social que merecen las víctimas. Por parte del agresor, podrá liberarse de su culpa por el mal causado si la víctima le transmite su perdón. No es una especie de paternalismo o de mirada de conmisericordia hacia el otro. Es un acto de libertad, mediante el cual ambas personas, quien lo solicita y lo concede, renuncian a quedar encarcelados en la maraña del mal que se produjo una vez. Es un acto humano, expresión de la más profunda libertad que aparece de manera natural.

Cuando como consecuencia del hecho delictivo se haya producido la pérdida de un ser querido, será difícil, por no decir imposible, que la víctima encuentre una reparación total. En estos casos más que hablar de reparación se podrá hablar de compensaciones, que se concretarían en alguno o algunos de los siguientes puntos:

- Conocer la verdad completa.
- Poder volcar las emociones tanto tiempo contenidas en un espacio de seguridad y en un horizonte de construcción colectiva de la paz, que le dote de sentido.
- Poder encontrar la paz individual.
- Inicio de una nueva etapa en su vida en la que se abandone el desgaste del odio individual o colectivo.
- Recuperar la historia del ser querido desde lo positivo, lo apreciado, y no como una vivencia con final traumático que coloniza el resto de lo bueno de la vida.
- Devolución de esta transformación a las nuevas generaciones en clave de paz familiar.
- Cierre de ciclo.
- Reconocimiento del daño causado por parte del agresor.

El agresor por su parte podrá conocer a la víctima, pondrá cara a la persona que sufrió las consecuencias de su delito y asumirá la responsabilidad derivada de delito que cometió.



### III. La mediación penitenciaria

La vida en el interior de una prisión se caracteriza por el sometimiento inapelable y coercitivo a la autoridad y la ruptura con el mundo exterior. A su vez se crean unas relaciones entre iguales que se fundamentan en relaciones de poder donde aparecen las jerarquías entre grupos e individuos, apareciendo sentimientos de amistad y también de desconfianza o violencia. Además surgen otro tipo de relaciones entre desiguales (funcionarios e internos).

La permanencia en el interior de la prisión, cuando las penas son de media y larga duración, produce fundamentalmente en los internos despersonalización, de tal forma que al tener todo organizado y planificado pierden su capacidad de decidir y de responsabilizarse de sus actos. Como ejemplo de la conflictividad que habitualmente puede producirse en el interior de una prisión, en el siguiente gráfico se relacionan los incidentes regimentales que durante cuatro meses (1/9/2011 al 31/12/2011) se produjeron en el Centro Penitenciario de Picassent, donde convivían durante ese periodo de tiempo 2.416 internos<sup>6</sup>.

— Amenazas graves y coacciones a funcionarios . . . . .	83
— Instigar a planteos o desordenes colectivos . . . . .	2
— Resistencia activa a funcionarios . . . . .	7
— Agresiones entre internos con lesiones leves . . . . .	56
— Amenazas graves y coacciones entre internos . . . . .	34
— Inutilización grave de mobiliario/dependencias del centro .	27
— Resistencia pasiva a funcionarios . . . . .	193
— Sustracciones de objetos a otros internos . . . . .	9
— Quebrantamientos de permisos . . . . .	2
— Intentos de suicidio . . . . .	2
— Autolesiones . . . . .	40
— Huelgas de hambre . . . . .	5
— Intoxicaciones por consumo drogas u otras sustancias . . .	8
— Posesión de objetos prohibidos . . . . .	110
— Evasión de hospital . . . . .	1
— Intento de evasión del juzgado . . . . .	1

En esa estructura cerrada en donde de forma forzada se ven obligados a convivir personas de diferentes razas y procedencias, el introducir la mediación como fórmula de arreglar los conflictos mediante el diá-

<sup>6</sup> Datos ofrecidos en la XIV Jornadas Nacionales del Área Social de la Pastoral Penitenciaria, por el Equipo de Mediadores del Centro Penitenciario de Picassent. Publicados en el n.º 35 (mayo de 2012), *Revista Cauce*.

logo y la palabra supone un valor en sí mismo, pues se ofrece a los internos la posibilidad de hacerse responsables de sus actos e incluso de reparar el daño causado o de solucionar las diferencias; todo ello hecho desde la voluntariedad y nunca desde la imposición.

Además frente a la despersonalización que genera la violencia estructural, la persona va a tener oportunidad de recuperar su autoestima, adquiriendo un protagonismo que en la mayoría de las actividades que se desarrollan en prisión no tiene. Se ofrece así al interno un proceso de aprendizaje que se sustenta en su propia responsabilidad, en el diálogo y en la no violencia.

Sin lugar a dudas con la participación de los internos en los procesos mediadores, se está llenando de contenido el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pues el enfoque pedagógico que se desprende de toda mediación facilita la reeducación y reinserción social de los penados. Como indica el apartado 2.º de ese artículo, gracias a las técnicas de aprendizaje de asunción de responsabilidad que se utilizan en los procesos de mediación, estaremos facilitando que el interno sea una persona con capacidad de vivir respetando la ley penal, desarrollando una actitud de respeto a sí mismo y a los demás. Además tendrá la posibilidad de aprender a percibir e interpretar los conflictos desde otros puntos de vista teniendo en cuenta el interés propio, pero también valorando el de la otra persona, pudiendo reconocer errores en su forma de relacionarse y comprendiendo los de la parte contraria.

Las experiencias que hasta la fecha se están realizando en diferentes centros penitenciarios, como más adelante se detallarán, se centran por el momento en dirimir los conflictos que surgen entre los internos, especialmente cuando esos conflictos dan lugar o pueden dar lugar a expedientes disciplinarios. Partiendo de esa realidad los objetivos que se pretenden lograr están orientados unas veces hacia el tratamiento penitenciarios, otros hacia la convivencia penitenciaria y otros se dirigen hacia los propios internos.

Los objetivos orientados al tratamiento penitenciario son:

- Asunción de la parte de responsabilidad de la conducta infractora y de su participación en el conflicto interpersonal.
- Aprendizaje de conductas destinadas al reconocimiento de la verdad.
- Aprendizaje de conductas de diálogo en las relaciones interpersonales conflictivas y que pueden fomentar la preparación de la vida en libertad.
- Aprendizaje de escucha dirigida a comprender la posición del otro.

- Aprendizaje de claves para la solución creativa y pacífica de las relaciones conflictivas.
- Aprendizaje de adopción de decisiones personales y autónomas en el conflicto.

Los objetivos orientados hacia la convivencia penitenciaria son:

- Pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos a través de la difusión entre las personas presas de este sistema dialogado en la solución de conflictos.
- Disminución de la reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción en función del cumplimiento de los acuerdos.
- Reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad.

Los objetivos que benefician al propio interno son:

- Reducción de los niveles de ansiedad y de tensión.
- Evitación de los perjuicios a la familia del penado que se generan con las consecuencias que tiene la aplicación del régimen disciplinario.
- Aumento de la percepción de control.

En España desde el año 2006, se están llevado a cabo, entre otros, en los Centros Penitenciarios de Zuera —Zaragoza— y Valdemoro —Madrid—, experiencias de mediación entre internos que han tenido algún conflicto entre ellos. Hace unos años también se incorporó el Centro Penitenciario de Navalcarnero (Madrid). En el caso concreto del Centro Penitenciario Madrid-III (Valdemoro)<sup>7</sup>, en el periodo comprendido entre septiembre de 2010 y junio de 2011, el servicio de Mediación Penitenciaria recibió un total de 37 propuestas de mediación. De estos 37 expedientes, 32 (86%) llegaron a acceder a la mediación, mientras que en los 5 restantes (14%) no fue posible la mediación debido a los motivos que a continuación se expondrán.

Mediaciones propuestas por el CP	Total	%
Mediaciones iniciadas	32	86
Mediaciones no iniciadas	5	14
Total	37	100

<sup>7</sup> Datos facilitados por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos, incluidos en la Memoria 2010-2011.

Del total de los 32 expedientes con los que fue posible iniciar el proceso de mediación, el 50% de los casos finalizó con acuerdo positivo (16 expedientes). La distribución de los expedientes según su resultado se establece de la siguiente manera:

Mediaciones iniciadas	Total	%
Acuerdo positivo con firma	14	44
Acuerdo positivo sin firma	2	6
Rechazo del proceso por una de las partes	7	23
Interrupción del proceso	3	9
Fin sin acuerdo	1	3
Mediación no recomendable	2	6
Demanda desajustada	3	9
<b>Total</b>	<b>32</b>	<b>100</b>

Del grueso de las mediaciones con firma de acuerdo, es necesario destacar el efecto tan positivo que para estas personas supuso su participación en la mediación, ya que se trata de casos en los que no se volvió a producir ningún otro incidente entre los internos que se vieron implicados en el acuerdo de mediación. Por este motivo, es posible considerar que las personas que han llegado a un acuerdo a través de la mediación han logrado encontrar un espacio en el que superar sus dificultades sin el uso de la violencia. Por tanto, puede afirmarse que han sido capaces de interiorizar los principios de diálogo, escucha y respeto de los que la mediación se nutre e integrarlos en sus habilidades para relacionarse con los demás.

Existieron un 50% (16 casos) del total de las 32 mediaciones en las que fue posible iniciar el trabajo, pero sin lograr un resultado positivo que diera lugar a la firma del acuerdo.

Casos sin acuerdo	Total	%
Rechazo del proceso por una de las partes	7	43
Interrupción del proceso	3	19
Fin sin acuerdo	1	6
Mediación no recomendable	2	13
Demanda desajustada	3	19
<b>Total</b>	<b>16</b>	<b>100</b>

El efecto más positivo que han experimentado los internos que han participado en estos procesos, ha sido el de verse acogidos en un espa-

cio en el que su opinión es o puede ser tan válida como la de la parte contraria y el sentirse escuchados y respetados. La mediación les devolvió parte de la sensación de control sobre sus vidas, ya que les permitió reflexionar sobre el conflicto y tener la posibilidad de elegir. En el Centro Penitenciario de Zuera<sup>8</sup>, la experiencia en casos de mediación penitenciaria en el periodo de 2006 a 2010 se resume en los siguientes términos:

- con acuerdo: 40%
- sin acuerdo: 27%
- no iniciadas: 33%.

Según la experiencia realizada en el Centro Penitenciario de Zuera, en la fase de encuentro en la que ambas partes confrontan sus verdades se produce un proceso de aprendizaje tendente a decir la verdad ante la imposibilidad de mentir por la presencia de la otra parte y de los mediadores. En muchos casos se ha llegado a una misma versión de los hechos, desde percepciones diferentes, una vez eliminada la subjetividad de cada una de las versiones. Uno de los principales valores que se destacan en la experiencia realizada en el citado Centro Penitenciario es que las personas se han sentido protagonistas de su historia y han solucionado en sus propios términos el conflicto. Resulta paradójico cómo soluciones dialogadas, tales como devolver el dinero debido en diferentes pagos, el reconocimiento de la verdad, el admitir un estado emocional tenso en el momento de la disputa, la explicación de un malentendido, han podido solucionar de manera pacífica y dialogada un conflicto que sin la intervención de la mediación hubiera quedado enquistado en la venganza mutua con las correspondientes sanciones disciplinarias y abordado sólo de una manera superficial sin entrar en las verdaderas causas por las que surgió ese conflicto.

Por último en el Centro Penitenciario de Navalcarnero<sup>9</sup>, durante el año 2011 se hicieron 40 procesos de mediación, de los cuales en 27 casos (67%) no se llegó a iniciar el proceso mientras que en 13 (33%) se pudo llegar hasta el final. De esos 13 casos en 11 (85%) se logró la reconciliación, en dos casos (15%), no finalizaron con acuerdo, ya que en ambos casos los mediadores consideraron que una de las partes no buscaba resolver el conflicto sino que lo que pretendía eran obtener bene-

---

<sup>8</sup> Datos obtenidos del trabajo «Logros y Desafíos de la Mediación Penitenciaria» realizado por Carlos Piñeyroa Sierra, coordinador y mediador de la Asociación ¿Hablamos?, publicado en la *Revista Cauce* (mayo 2012).

<sup>9</sup> Datos facilitados por Margarita Aguilera Reija la cual pertenece a la Asociación para la Resolución de Conflictos. Dichos datos forman parte de la Memoria correspondiente al año 2011.

ficios personales por su asistencia. Por tal motivo no se celebró ningún acuerdo de mediación. El número total de internos que se vieron implicados en esos 40 procesos, fue de 81 de los cuales el 69% eran españoles.

Los logros conseguidos en todas esas experiencias que se han reseñado anteriormente, lo han sido a pesar de no contar con un marco normativo que favorezca ese tipo de mediaciones. Incluso puede afirmarse que las experiencias finalizadas de forma positiva, llegaron a buen fin a pesar de que el propio sistema penitenciario genera una serie de situaciones que en nada facilita el buen éxito de esos procesos de mediación.

En muchos casos en los centros penitenciarios en los que se están desarrollando esas experiencias no se ofrece a los internos que se encuentran incurso en expedientes disciplinarios la posibilidad de resolver sus diferencias a través de un proceso de diálogo. Se ha producido algún supuesto en el que los internos no participaron en esos procesos de mediación por enterarse de su existencia después de haber cumplido ya la sanción disciplinaria. Otras veces no fue posible participar por estar en talleres o realizando actividades de donde no se le autorizó a salir para realizar las sesiones.

También se ha detectado algún caso en el que el traslado de un interno, ha interrumpido el proceso de mediación, impidiendo su finalización. La falta de canales de información entre el equipo mediador y la dirección de los centros, provoca situaciones como las que se acaban de reseñar, y también da lugar a que a veces se inicien procesos mediadores con internos que proceden de otros centros en los que ya rechazaron el someterse a esta clase de experiencias.

Desde el punto de vista normativo sería deseable que el Reglamento Penitenciario contemplara la posibilidad de suspender la tramitación de un expediente disciplinario, cuando alguno de los afectados comunicara a la Comisión Disciplinaria la existencia de un proceso mediador. Una vez finalizado ese proceso, con o sin éxito se resolverá el expediente disciplinario, teniendo en cuenta y valorando la Comisión Disciplinaria el resultado final de la mediación. Por supuesto caso de existir un recurso al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria respecto de un acuerdo sancionador en el que los internos afectados se sometieron a una mediación, la Administración Penitenciaria al remitir la documentación para resolver ese recurso, debería en todos los casos informar al Juzgado de la existencia de ese proceso mediador. En la práctica hay recursos disciplinarios en los que el juez al resolver desconoce que el interno recurrente participó en una mediación.

Los acuerdos finalizados con éxito entre los internos que fueron sancionados disciplinariamente, deberían tener su incidencia jurídica, para que el esfuerzo conciliador realizado revierta en ellos y de

esa forma evitar así el tener que cumplir las sanciones que se les impusieron. En estos supuestos en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Madrid se aplica el artículo 256 del Reglamento Penitenciario y se revocan o se reducen las sanciones que recibieron los internos, teniendo en cuenta para ello el acuerdo logrado a través del proceso de mediación.

La utilización de ese artículo se realiza haciendo una interpretación amplia de su contenido, ya que aunque nada se dice en el mismo de los efectos jurídicos que tiene un acuerdo mediador finalizado con éxito entre dos internos, lo ciertos es que si la Comisión Disciplinaria de oficio o a propuesta de la Junta de Tratamiento puede reducir las sanciones atendiendo a los fines de reeducación y de reinserción social, parece razonable y lógico que el juez de vigilancia penitenciaria, valorando igualmente la reeducación y reinserción social de los internos, pueda reducir o eliminar las sanciones disciplinarias cuando los internos fueron capaces de resolver sus discrepancias de manera dialogada.

En la fase de ejecución, más concretamente durante el cumplimiento de la condena privativa de libertad, sería también posible utilizar una institución como la mediación, para abordar la relación que se crea entre el interno y la Administración penitenciaria.

Según la terminología acuñada por el Tribunal Constitucional, se crea desde el momento que el condenado a una pena privativa de libertad recibe una sentencia firme una «relación de sujeción especial» en la que el interno se integra en una institución preexistente —Administración penitenciaria—, la cual proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo dichos internos un estatus específico de individuos sujetos a un poder público.

Desde el mismo momento que el interno queda sometido a la tutela y custodia de la Administración penitenciaria, desaparece de esa relación la víctima del delito, de tal forma que pierde la condición de parte procesal. Esa situación en modo alguno supone un impedimento para poder obtener en la fase de ejecución un acuerdo reparador para la parte que sufrió el daño al tiempo que se propicie también una labor resocializadora para el condenado.

En muchos de los casos, por diferentes razones, en la fase de ejecución, las únicas partes intervinientes son la persona condenada y la Administración penitenciaria. A ésta le corresponde entre otras muchas funciones la adopción de las medidas y actuaciones pertinentes para conseguir una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, la custodia y por supuesto la reeducación y la reinserción social de los sentenciados (art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

A lo largo de su estancia en prisión, el condenado va a recibir un buen número de actos administrativos, unos serán consentidos y otros, por el contrario, darán lugar a reclamaciones ante los jueces de vigilancia penitenciaria. Llegado a este punto la cuestión que se plantea es la de valorar si en esa relación entre interno y Administración penitenciaria puede utilizarse la mediación como instrumento para solventar las diferencias que surjan entre ellos.

Básicamente se trataría de planificar con la intervención de un mediador, al iniciar el cumplimiento de la condena, los compromisos y objetivos de cada una de las partes (interno y Administración penitenciaria), quedando todo ello recogido en un acuerdo que formaría parte del expediente del interno y que tanto el interno como la Administración podrían utilizar ante el juez de vigilancia penitenciaria, cuando alguna de esas partes considerara que la otra ha incumplido.

Sobre este particular conviene tener presente que el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, literalmente establece: «Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico...».

De llegar a admitirse esta clase de mediación se produciría un avance cualitativo importante respecto de las experiencias prácticas que actualmente se realizan en prisión, las cuales se reducen a mediar entre aquellos internos que por motivos tratamentales, regimentales o disciplinarios, han sido calificados por el Centro Penitenciario como incompatibles. Además la utilización de esa forma de mediación supondría el introducir un elemento pacificador en la relación continua que mantiene el interno y la Administración penitenciaria, ya que en muchos casos esa relación está presidida por una constante confrontación; buena prueba de ello son los continuos recursos que los internos formulan ante los juzgados de vigilancia penitenciaria. En la práctica se crea una situación de continuo enfrentamiento entre interno y Administración penitenciaria cuya última palabra corresponde siempre a la Administración de Justicia. Por supuesto, otra forma de potenciar la mediación y de optimizar las consecuencias positivas que ofrece la misma sería la de utilizarla para resolver los conflictos que surgen entre internos y funcionarios, para ello sería bueno el preparar a éstos últimos de las ventajas que todo proceso mediador conlleva y de los beneficios que ello puede generar para normalizar la convivencia dentro de prisión. Hasta el momento algún intento realizado para mediar entre un interno y un funcionario no ha podido concretarse por la negativa del funcionario afectado a participar en esta clase de procesos.



# Participación de la víctima en la justicia restaurativa juvenil

Fernando Álvarez Ramos

Psicólogo del Servicio de la Clínica Forense  
Instituto Vasco de Medicina Legal

## I. Introducción: Justicia Restaurativa Juvenil

La *Justicia Restaurativa* es un movimiento o paradigma en Criminología y Victimología que enfatiza la participación de las partes en el proceso penal y el papel reparador de la justicia. Los programas de Justicia Restaurativa, por consiguiente, habilitan al infractor, a la víctima y a la comunidad para que se dé una respuesta a la infracción y al conflicto generado por la misma e intentan proteger tanto el interés de la víctima (el ofensor reconoce el daño ocasionado y trata de repararlo), como el del autor (solucionar el conflicto sin procedimiento judicial completo) y el de la comunidad y sistema judicial (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor y prevenir la reincidencia).

El concepto de *Justicia Restaurativa* tiene una gran diversidad de significados puesto que se utiliza para designar una variedad de prácticas alternativas para la resolución de conflictos, destacando la mediación entre infractor y víctima, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia. Sin embargo, se puede admitir que el objetivo de la Justicia Restaurativa es implicar a la víctima, al autor, a las personas de apoyo y, más ampliamente, a los miembros de la comunidad, con el fin de restablecer las relaciones sociales afectadas por el delito penal.

Se contraponen a la *Justicia Retributiva*, y sus características o principios más importantes son:

- Participación activa y voluntaria.
- Reparación (o compensación).
- Responsabilidad.
- Conciliación (o encuentro).
- Comunitaria.

En el contexto penal juvenil (supuestas infracciones cometidas por jóvenes entre 14 y 18 años), las prácticas de justicia restaurativa son alternativas al proceso penal regulado en la justicia de menores que, en aplicación del principio judicial de oportunidad, permite el archivo del procedimiento judicial. Los programas de justicia restaurativa juvenil incluyen un importante potencial educativo y enfatizan la participación de las partes en el proceso, la reparación del daño, la asunción de responsabilidad del infractor, la resolución entre las partes y la participación comunitaria. Su expresión más utilizada, la mediación penal juvenil, se define como un proceso a través del cual las partes que están enfrentadas en un conflicto, con la ayuda del tercero o mediador, deciden voluntariamente buscar una solución a ese conflicto.

Los primeros programas de mediación penal juvenil, basados en tradiciones consuetudinarias muy antiguas, surgieron en EEUU en la década de los 70 y pronto se extendieron a toda Europa. En el ámbito estatal español, los primeros programas de justicia restaurativa juvenil datan de 1990, si bien anteriores a estos programas existían experiencias relacionadas. En la actualidad, al amparo de la L.O. 5/2000 y Reglamento que lo desarrolla, podemos afirmar que se trata de una práctica extendida y sistematizada en nuestra Comunidad Autónoma, que no se duda en proponer y aplicar desde los Equipos Técnicos y Fiscalías de Menores.

La mediación es un proceso voluntario de gestión de conflictos. El modelo que establece la legalidad penal juvenil vigente, y más extendido en la actualidad, es el que trata de mantener contacto con las partes por separado (primero con el menor infractor y después con la víctima) para valorar la idoneidad y preparar el encuentro, y encuentro conjunto entre ambos con conciliación y negociación de acuerdos reparadores. Existen, además, programas de reparación indirecta, sin participación de la víctima, en los que se acepta la voluntad y compromisos reparadores del menor mediante tareas socioeducativas o prestaciones en beneficio de la comunidad. Ambos, los de encuentro directo con la víctima y los realizados sin participación directa de la misma, son considerados expresiones de justicia restaurativa, recogidos en la ley actual como *soluciones extrajudiciales* y con los mismos efectos alternativos para el joven infractor.

El mediador utiliza diferentes técnicas y habilidades procedentes de la teoría del conflicto y de las ciencias sociales para facilitar la comunicación y flexibilizar las posiciones, lo cual permite llegar a acuerdos. Entre ellas destaca el lenguaje neutral, la escucha activa, la empatía, emitir mensajes en primera persona, reformular, reencuadrar, mostrar firmeza, etc.

Las evaluaciones y prácticas realizadas sobre justicia restaurativa juvenil indican importantes beneficios o ventajas dentro de este modelo de responsabilidad de la justicia de menores. Para el menor suponen una responsabilización (responder ante sí mismos y ante los demás de los propios actos), una toma de conciencia sobre el hecho de que sus actos les pertenecen y tienen consecuencias para terceros, una reflexión, puesto que han de contestar a muchas preguntas que formulan las víctimas, trata la culpa, permite reparar, fomenta el autocontrol y previene la reincidencia. Para la víctima es un espacio de atención, escucha e información; así como de contención y desdramatización, puesto que se ha de encontrar con el menor infractor; permite que le sea reparado el daño sufrido y afrontar el suceso traumático de una forma positiva y resiliente. Para ambos es comunicación y responsabilización, devuelve el conflicto a las partes, convierte el *yo gano-tu pierdes* en *yo gano-tu ganas* y tiene una importante función sanadora.

La Recomendación n.º 19 del Consejo de Europa ofrece una serie de pautas a tener en cuenta en la aplicación de estos procedimientos de mediación penal, ya sea juvenil ya adulta. Entre ellas, las principales son:

- Consentimiento de las partes.
- Confidencialidad de las conversaciones que ocurren durante el proceso.
- Garantías legales y asistenciales de las partes.
- Voluntad de ambas partes. No deben de ser obligados a comenzar un proceso de mediación.
- El reconocimiento de los hechos del caso deberán ser la base de la mediación penal.
- El resultado de la mediación no ha de usarse como indicios o testimonios de culpa.
- El mediador ha de ser neutral, estar formado en mediación.
- La mediación ha de ser un procedimiento imparcial, respetando la dignidad de las partes y cuidando especialmente la vulnerabilidad de las partes.

La base legal penal juvenil aplicable de los primeros programas de mediación y reparación de 1990 era la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. En 1992 entra en vigor una reforma de esa ley, la cual otorga al Ministerio Fiscal la facultad de proponer la conclusión del expediente si el joven *ha reparado o se compromete a reparar el daño causado a la víctima* (art. 15.1.6). De este modo, en aplicación del principio de oportunidad por parte del Fiscal, se antepone a la sanción la

responsabilización del infractor y la solución del conflicto con la participación de ambos en un proceso de mediación destinado a la reparación del daño.

Tras varios años de experiencias de los diferentes programas de mediación y reparación, la Ley 5/2000, hoy vigente, regula de una forma muy explícita la aplicación de las prácticas de justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil y, junto con el Reglamento que desarrolla la ley, establecen y describen el proceso a seguir en las llamadas *soluciones extrajudiciales*.

- a) Además de la *mediación*, considera y regula *otras formas de justicia restaurativa* en las cuales no interviene directamente la víctima, como son la reparación y la actividad educativa del menor. La ley muy escasamente habla de mediación, puesto que la considera una técnica para llegar a un resultado jurídico como es la conciliación o la reparación. En este sentido, el Reglamento que desarrolla la L.O. 5/2000 (de publicación posterior) incluye el concepto de *soluciones extrajudiciales* del cual forman parte tanto prácticas en las que la víctima participa activamente (mediación) como otras en las cuales no participa la víctima directamente (prestación de servicios en beneficio de la comunidad y tareas socioeducativas).
- b) De entre las diferentes soluciones extrajudiciales se priorizan las de mediación, es decir, en aquellas en las cuales participa la víctima. De hecho los programas sin participación de la víctima estarían reservados a casos en los cuales no es posible esta participación (por no desear hacerlo la víctima, por intereses vindicativos, etc.).

No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. (art. 5.1.f del Reglamento)

- c) Se conciben los procesos restaurativos como una forma de aplicación del *principio de intervención judicial mínima*, así como del *principio de oportunidad* por parte del instructor (Ministerio Fiscal). Es decir, se prevé el desistimiento de la continuación del expediente si el proceso restaurativo cumple los objetivos propuestos o la continuación de la tramitación del expediente si el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada. A pesar de esa *extrajudicialidad* todo el proceso de mediación se encuentra incardinado en el procedimiento judicial

y es revisado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores. Además, no todos los asuntos que llegan a la justicia juvenil puede pasar a programas de mediación, sino que la propia legislación limita las soluciones extrajudiciales presentenciales a hechos calificados inicialmente como *delitos menos graves* y a *las faltas*:

El desistimiento en la continuación del expediente solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta (art. 19.1 de la L.O. 5/2000).

- d) Las soluciones extrajudiciales responden en la ley a una *finalidad educativa y resocializadora* sobre los criterios de defensa social basados en la prevención general. Por tanto, las incluye como una respuesta educativa, es decir, recoge la potencialidad educativa de los procesos de mediación. Resolución del conflicto, reparación a la víctima y aprendizaje se complementan en la mediación penal juvenil.
- e) Los encargados de realizar la función de mediación (o de facilitación de los procesos restaurativos) presentenciales son los *Equipos Técnicos* adscritos en un primer momento a los Juzgados de Menores y transferidos desde 1996 a la CAV pasando a Equipos Psicosociales Judiciales:

El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación ente el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento (art. 19.3 de la L.O. 5/2000).

- f) *Separa los procesos de conciliación-reparación de la pieza de responsabilidad civil*. Es decir, aunque ambos están destinados a resarcir a la víctima, se pueden dar ambos por separado. En este caso el proceso extrajudicial de mediación se dirige a la responsabilidad penal y el judicial a la responsabilidad civil. En la práctica, se trata de abordar el conflicto de una forma global, es decir tanto la parte relacionada con lo penal como con lo civil, lo relacionado con la conducta del joven como el resarcimiento del daño a la víctima, y en consecuencia no tendría sentido la pieza de responsabilidad civil que se regula en la ley si se abordaran ambos conceptos. Pero otras veces se pueden dar ambos por separado, en cuyo caso el proceso extrajudicial se dirige a las implicaciones penales de la conducta y el judicial a las civiles. Tal es el caso de algunos daños económicos graves,

asuntos en los que se encuentran implicadas compañías de seguros, etc.

- g) *Separa las soluciones extrajudiciales presentenciales de las postsentenciales*. Las funciones de mediación presentencial corresponden al Equipo Técnico, y finalizan en un informe que sirve para el archivo del expediente judicial sin medida judicial. Se regula, además, la conciliación postsentencial, un procedimiento que permite dejar sin efecto la medida impuesta y que el menor se halla cumpliendo:

La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley podrá dejar sin efecto la medida impuesta 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 cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor (art. 51.3 de la L.O. 5/2000).

## II. Las soluciones extrajudiciales presentenciales en la L.O. 5/2000 y el Reglamento. La víctima en el proceso de mediación

La participación de la víctima en los procedimientos de Justicia Restaurativa Juvenil o en las soluciones extrajudiciales como le llama el Reglamento, aparece regulada de forma muy concreta en el artículo 19 de la L.O. 5/2000 y más profusamente en el artículo 15 del Reglamento que la desarrolla.

Se establece el proceso de mediación y reparación a seguir en las soluciones extrajudiciales mediante las siguientes fases:

### 1. La doble iniciativa en las soluciones extrajudiciales

Las dos formas de llegada de los casos al Programa de Mediación-Reparación son:

- a) El Ministerio Fiscal solicita del Equipo Técnico un *informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima* (la valoración del interés del menor por el Equipo Técnico es una constante en la Ley, no solamente en los casos de mediación sino también en los casos en los que hay proceso judicial).

El Ministerio Fiscal aprecia las posibilidades de desistir de la continuación del expediente, bien a la vista de las circunstancias, bien a instancias del letrado. Luego desde el principio se concede un papel activo al letrado, con la posibilidad de instar del fiscal la solicitud de valoración de solución extrajudicial.

La apreciación que en este momento realiza el Ministerio Fiscal tiene que ver fundamentalmente con el que el hecho sea delito menos grave o falta así como con el reconocimiento de los hechos del menor en su declaración. Luego es el Fiscal quien deberá aplicar el primer criterio de idoneidad en las soluciones extrajudiciales: delitos menos graves y faltas.

- b) En esta segunda forma, la iniciativa corresponde al Equipo Técnico durante el proceso de evaluación que realiza para el informe sobre la situación del menor que la ley regula en su artículo 27. Aquí el Ministerio Fiscal solicita el informe de la situación del menor, y el Equipo Técnico aprecia la conveniencia de la entrada del menor en un proceso de mediación. En estos casos el Equipo Técnico informa al Ministerio Fiscal y al letrado del menor; y si el Ministerio Fiscal confirma la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicita al Equipo Técnico informe de la solución extrajudicial más adecuada.

Luego, podemos observar que:

- Se separan claramente las dos actuaciones principales del Equipo Técnico (asesoramiento técnico al Juez y al Fiscal de Menores y facilitación de las soluciones extrajudiciales), y lo uno sustituye a lo otro. Por otra parte, se concede un mayor protagonismo al letrado defensor desde el principio, incluso puede instar al Ministerio Fiscal el acceso del menor a un programa de mediación.
- El punto de partida del proceso de mediación es valorar la solución más adecuada al interés del menor. Para ello se establece el reconocimiento del daño y las disculpas del menor como inicio del proceso y prioridad de la conciliación. Es decir, la víctima participará en procesos restaurativos únicamente con menores responsabilizados.

## 2. *Recepción del caso, análisis de la documentación y citación del menor*

La recepción del caso por parte del Equipo Técnico supone una solicitud de valoración de idoneidad o conveniencia de adoptar o no una

solución extrajudicial, y en caso afirmativo, cual ha de ser la más adecuada. Por tanto, esta solicitud ha de tener una respuesta mediante el informe, un informe que es de naturaleza completamente distinta al de la situación del menor que se realiza para el proceso judicial.

La solicitud viene acompañada de las diferentes actuaciones realizadas: denuncia, atestado policial, declaración del menor, etc. Para el mediador supone un triple punto de vista acerca del hecho y las circunstancias en que se ha realizado: el del denunciante o víctima, el del menor autor, y el punto de vista objetivo de la investigación.

El Equipo Técnico cita a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor. Por tanto, es obligada la presencia del abogado, lo cual supone mayores garantías y asesoramiento letrado al menor y su familia.

### 3. Fase de contacto con el menor, padres y letrado

El Equipo Técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial del artículo 19 de la Ley, oirá a sus representantes legales y al letrado del menor. Si el menor acepta la solución extrajudicial, se recabará la conformidad de sus representantes legales. Si el menor o sus representantes legales manifiestan su negativa, el E.T. lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe de la situación del menor que se establece en el artículo 27.

Por tanto, en esta fase el proceso de soluciones extrajudiciales tiene como objetivos:

- Valorar la idoneidad o conveniencia de solución extrajudicial con el menor. En esta valoración la sola aceptación de la misma por parte del menor no es suficiente, sino que se establecen otros criterios como son el reconocimiento del daño, la valoración del interés del menor; es decir la responsabilización del menor, su capacidad para reparar.
  - Información al menor acerca del proceso con el objeto de que pueda mostrar su conformidad o no.
  - Conformidad de los padres.
  - Audiencia del letrado.
- a) Evaluación de la conveniencia o idoneidad de solución extrajudicial con el menor.

El punto de partida de las soluciones extrajudiciales es el reconocimiento de conducta infractora y de sus consecuencias por parte del menor. Este reconocimiento puede ser completo o to-



tal (coincidente con el punto de vista de la víctima) o parcial, en cuyo caso se haría necesario un proceso para completarlo.

El proceso de responsabilización se compone fundamentalmente de tres elementos: Reconocimiento como conducta propia de algo que va en contra de la norma social (componente social); reconocimiento de que esa conducta ha tenido consecuencias de daño en otras personas e identificación de víctima (capacidad de empatía); asumir las consecuencias de ese daño mediante deseos activos reparadores (componente reparador).

Para la evaluación se utiliza la entrevista con el menor acerca del hecho y sus circunstancias, de las consecuencias de su conducta y en quien han recaído. Una técnica posible de entrevista es el relato libre inicialmente de los hechos y consecuencias completado y ordenado mediante preguntas de confrontación.

- b) Evaluación de la voluntad explícita de participar activamente. Es decir, información explícita por parte del mediador acerca de las soluciones extrajudiciales, en qué consisten, y siguientes pasos a dar (contacto con la víctima, posibilidad de su no participación y búsqueda de alternativas...). Se incluye el consentimiento informado.
- c) Oír al letrado, informándole y recabando su punto de vista.
- d) En caso de grupos, conviene completar esta evaluación individual con una entrevista grupal para repartir responsabilidades y poder realizar una propuesta global de conciliación-reparación.

Tras la fase de contacto con el menor, el mediador ha de estar en disposición de decidir acerca de la participación del menor en una solución extrajudicial, en cuyo caso se abordan los pasos siguientes o, si, por el contrario, no participará en una solución extrajudicial. En este caso, se realiza informe de valoración negativo y se continúa el proceso con la evaluación del Equipo Técnico para el informe del proceso judicial.

#### 4. Fase de contacto con la víctima

##### a) ACTITUD DE ESCUCHA Y VALORACIÓN DEL GRADO DE VICTIMIZACIÓN

El grado de victimización es individual, particular, puesto que cada persona en quien recae un hecho delictivo es diferente. Este grado de victimización depende de múltiples variables, unas objetivas, pero

otras totalmente individuales. Entre estas variables, las más importantes son:

- Grado real de riesgo sufrido.
- Carácter inesperado del acontecimiento.
- Intensidad y percepción del suceso sufrido (significación del hecho y atribución de intencionalidad).
- Mayor o menor vulnerabilidad de la víctima: edad, posible concurrencia de otros problemas, etc.
- Apoyo social o familiar existente.
- Recursos psicológicos de afrontamiento.

Existen múltiples tipologías de víctimas en función de muy diversos criterios de clasificación. Con un sentido práctico, en base a las variables que determinan el grado de victimización, se pueden establecer unas cuantas generalidades:

- Víctima persona (menor o adulto): mayor victimización de tipo emocional que si es una organización o institución, puesto que tienden a considerar la agresión como un ataque directo a su persona. En estos casos la conciliación tiene una gran importancia.
- Víctima entidad: Generalmente es escasa la victimización emocional. A veces ni siquiera siente el conflicto entre las partes, ya que las personas que representan a la entidad se distancian de la agresión directa y no consideran la agresión como ataque directo a su persona. En estos casos tiene mayor importancia la reparación o restitución material (económica, actividad en beneficio de la entidad, etc.).
- Si lo dañado es un bien público, la reparación social o prestaciones beneficio de la comunidad se encuentran especialmente indicadas por su relación directa con el hecho.
- Si la víctima es menor de edad, la percepción y posterior elaboración del hecho sufrido se encuentra muy mediatizada por sus padres. Igualmente su decisión de participar o no en una conciliación-reparación.
- Víctima conocida con anterioridad por el autor: En muchas ocasiones el hecho denunciado es parte de un conflicto anterior más amplio. En ocasiones hay cruce de denuncias. Hay que valorar si se aborda el conflicto global o si se imita el proceso al hecho denunciado.

Las imágenes o creencias de la víctima con respecto al menor que le ha violentado suelen ser muy negativas y estereotipadas, y respon-

den a la falta de información que la víctima tiene con respecto al menor. En este caso, el encuentro permite a la víctima identificar al menor como persona y generará en la víctima una imagen más amplia y real, menos prejuiciosa del menor.

b) EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD Y VOLUNTAD DE PARTICIPAR DE LA VÍCTIMA EN UNA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Los principales criterios a tener en cuenta son:

- Si la víctima reconoce al menor como interlocutor válido para la solución del conflicto (equilibrio entre las partes).
- La ausencia de deseos vindicativos.
- Los propios deseos de la víctima en solucionar el conflicto.
- Su voluntad de participar activamente.

Tras esta fase, el mediador ha de estar en disposición de decidir si la víctima se muestra conforme o disconforme a participar en un proceso de mediación y si es conveniente o no que la víctima participe y, por tanto, el tipo de programa que tendrá lugar.

### 5. *Tipos de programa en las soluciones extrajudiciales*

a) PROGRAMAS CON PARTICIPACIÓN (DIRECTA O INDIRECTA) DE LA VÍCTIMA

Se inician mediante la citación de ambos para un encuentro cuyo objetivo es la conciliación así como concretar los acuerdos de conciliación y reparación. Este sería el punto clave desde el punto de vista del proceso de mediación. Se utilizan técnicas para flexibilizar las posiciones de ambas partes.

También es posible, si víctima así lo pide, que no tenga lugar el encuentro directo, y sí la conciliación indirecta (por ejemplo mediante carta o escrito) y la reparación (económica, social...).

b) PROGRAMAS SIN PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA

La no participación de la víctima puede deberse a varios aspectos, entre ellos, la negativa propia a hacerlo, es decir su no voluntad de participar ni directa ni indirectamente. Y también puede deberse a criterios de interés del menor.

El que la víctima no participe no significa que el menor haya de salir de las soluciones extrajudiciales si se había valorado que sería ésta su

respuesta. En estos casos el Reglamento recoge y concreta lo que de una forma genérica la ley recoge como actividad educativa; esto es, tareas socioeducativas y prestaciones en beneficio de la comunidad.

Esta distinción, y el hecho de que se recojan, concede validez tanto a las actividades de tipo comunitario, como las que significan un beneficio educativo propio más directo (asistencia a cursos, etc.).

En todo caso la terminología puede llevar a confusión, puesto que son también medidas que el Juez de Menores impone en sentencia tras proceso judicial. Conviene distinguir que en los casos de reparación extrajudicial configuran una «reparación social» mediante su esfuerzo a un daño que ha recaído en una persona y/o en la sociedad en general por haber vulnerado una norma. Así, la medida es impuesta por el Juez de Menores y la solución extrajudicial, en cambio, es valorada y decidida por el propio menor puesto que su participación en estos procesos es voluntaria.

Hay que tener en cuenta que no se considera necesario que la reparación sea total para que el Juez la tenga en cuenta, ya que aceptan reparaciones parciales o incluso simbólicas cuando así lo acuerdan las partes. Se destaca la importancia de la disposición subjetiva del autor y el esfuerzo real de este por restablecer el desequilibrio causado, así como la voluntad y disposición de la víctima.

El contenido de la reparación tiene que ser el acordado entre la víctima y el infractor y puede consistir en una de las tres formas posibles prevista para satisfacer la responsabilidad civil: restitución, reparación del daño, indemnización de perjuicios materiales y morales. La propia naturaleza del delito y la voluntad y disponibilidad de las partes determinara la forma reparadora más adecuada, sin perder el objetivo preventivo y educativo.

## 6. Fase de evaluación e informe

El Equipo Técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos y el grado de cumplimiento; o los motivos por los cuales no se haya podido llevar a cabo a efectos de lo dispuesto en el 19.4 y 5 de la Ley; es decir, para que tenga criterios de decisión acerca de dar por concluida la instrucción y solicitar Juez el archivo de las actuaciones; o acerca de continuar el expediente si el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada.

El informe positivo de solución extrajudicial sustituye al de la situación del menor establecido en el artículo 27 de la citada ley.

### III. Algunas cuestiones controvertidas y criterios de abordaje

La aplicación de la justicia restaurativa juvenil tiene, en la Comunidad Autónoma de Euskadi, una tradición de más de 20 años de aplicación, habiéndose configurado un modelo que responde a la base legal aplicable actual (L.O. 5/2000 y Reglamento que la desarrolla). Existen, sin embargo, en la práctica cotidiana, una serie de controversias metodológicas que el mediador ha de abordar de forma adecuada para que este proceso cumpla los objetivos. Estas cuestiones, discutidas y consensuadas, completan el modelo puesto que aportan criterios compartidos; afrontarlas de forma adecuada otorgan habilidad al mediador, perfeccionan el proceso y optimizan el potencial de la mediación. Entre estas cuestiones destacan las siguientes.

#### 1. *Falso reconocimiento del daño y voluntad de participación mediatizada*

El punto de partida del proceso de mediación es el reconocimiento por parte del menor de haber causado un cierto daño a la víctima, un reconocimiento que le lleva a la voluntad de participar activamente en el proceso de mediación. Ambos, reconocimiento de daño y voluntad de participar, son criterios —aunque no los únicos— de acceso de los menores al programa de mediación.

Es muy habitual que el hecho de que el proceso de mediación sea alternativo al proceso judicial se convierta en un elemento motivador muy importante que empuja al menor a participar en un programa de mediación. A veces, incluso, los menores son movidos al reconocimiento del daño para evitar un proceso judicial que suponen más perjudicial y costoso. ¿Sirve este reconocimiento del daño, no interno, sino superficial, para acceder al programa de mediación? ¿Es esto una verdadera responsabilización?

En principio, la motivación de evitar juicio para participar en mediación no se considera negativa, aunque sí insuficiente. Por eso, exige, además, la capacidad de reparar; es decir, la capacidad de saber que su conducta ha tenido consecuencias negativas para otras personas, de identificar a estas víctimas, de saber que mediante la reparación se satisface y se soluciona el conflicto. Responsabilizarse de que la propia conducta ha producido un daño, por tanto, es algo más que reconocerlo, puesto que esta verdadera responsabilización se compone básicamente de tres elementos:

- Reconocimiento como conducta propia de algo que va en contra de la norma social (componente social).
- Toma de conciencia de que esa conducta ha tenido consecuencias de daño para otras personas e identificar a esa víctima (capacidad de empatía).
- Asumir las consecuencias de ese daño mediante deseos activos de reparar (componente reparador).

En ocasiones, no obstante, los menores no llegan completamente responsabilizados y en la fase de contacto con el menor no se produce un reconocimiento completo del daño. ¿Se les ha de excluir de forma inmediata por este motivo? ¿Es criterio de exclusión el reconocimiento solamente parcial del daño que la víctima denuncia?

Conviene tener presente que la verdadera responsabilización, cuando no se produce en toda su extensión desde el principio, es también un proceso que se puede construir partiendo de reconocimientos de daño iniciales superficiales, incompletos o parciales; es decir, partiendo de indicios dentro del programa de mediación se puede llegar a una responsabilización verdadera tan válida para el proceso y tan preventiva como la que se produce de forma espontánea o por inducción de los adultos. La condición es acudir al encuentro con la víctima ya responsabilizados o, en su defecto, terminar este proceso de responsabilización en el encuentro; siempre teniendo en cuenta que a esta verdadera responsabilización se puede llegar en diferentes tiempos y por caminos distintos. Por tanto, como criterio, *el reconocimiento inicial del daño principal así como los indicios de que, tras el proceso de asunción de responsabilidad, se puede producir una verdadera responsabilización, pueden ser suficientes para valorar de forma positiva el acceso del menor a un programa de mediación.*

## 2. Gravedad de la infracción

Como es bien conocido, el artículo 19 de la L.O. 5/2000 limita la posibilidad del desestimiento de la continuación del expediente cuando el hecho imputado al menor constituya *delito menos grave o falta*. Es decir, de la clasificación de las infracciones que realiza el Código Penal como delitos graves, delitos menos graves y faltas, quedarían excluidos, en la práctica, del desestimiento (y por tanto de los procesos de mediación y otras soluciones extrajudiciales) los delitos graves; o lo que es lo mismo, los delitos que a criterio del Ministerio Fiscal, representan violencia o intimidación grave.

A esta limitación se le han realizado varias objeciones, entre las que destacan:

- a) Estudios y evaluaciones de los procesos de mediación han demostrado que los efectos principalmente positivos (reducción de la reincidencia) de la mediación, se dan principalmente cuando el delito es grave (Varona, 2008). La función preventiva, por tanto, y la potencialidad resocializadora y educativa quedarían aquí infravaloradas, sin aprovechar lo suficiente.
- b) Se produce el riesgo de reservar los procesos de mediación a los llamados *delitos de bagatela*, es decir, a infracciones que por sus circunstancias o por las características del autor no se repetirían aunque no se produjera la mediación.
- c) Finalmente, conviene resaltar que esa limitación es fruto de la calificación que realiza el Ministerio Fiscal al inicio mismo de la instrucción; y esta calificación es provisional. Además, en ocasiones la calificación jurídica no coincide con el daño real sufrido por la víctima, o con el daño percibido por el menor, criterios éstos últimos fundamentales en los procesos de mediación.

En la práctica, estas objeciones o críticas se pueden minimizar analizando caso a caso para poder valorar y coordinar con el fiscal encargado del caso el acceso o no del menor al programa de mediación en casos inicialmente calificados como delitos graves, puesto que los parámetros judiciales y los que se utilizan en mediación no coinciden en muchas ocasiones. La calificación judicial tiene en cuenta la infracción objetiva tipificada en el código penal; la gravedad social, en cambio, se fija más en las consecuencias subjetivas para la víctima y en el contexto de producción por parte del autor. Así, hechos calificados jurídicamente como graves en ocasiones han sido de escasa consecuencia traumática para la víctima, restándole ésta importancia al asunto. Y viceversa, hechos jurídicamente leves han tenido consecuencias muy dolorosas (se incluye dolor moral) para la víctima.

Compaginar ambos conceptos de daño, el judicial y el social o sufrido, no es tarea fácil. De ahí que cuando se observe que la diferencia entre ambos es muy grande, *se deba de coordinar el caso con el fiscal encargado* para que sea tenida en cuenta, además de esa calificación jurídica que excluye el caso de un proceso de mediación, otras variables más sociales y subjetivas que permitan una visión más global y real de la situación, con el objeto de que determinados casos con consecuencias no excesivamente graves para la víctima puedan ser objeto

los efectos preventivos de la mediación aunque la gravedad jurídica sea más alta.

A nadie se le escapa, no obstante, que *determinados delitos graves, con grave violencia hacia las personas, sería contraproducente que pasaran al programa de mediación presentencial* puesto que la capacidad del adolescente de asumir las consecuencias y de reparación estaría muy limitada.

### 3. El criterio de la reincidencia

Prevenir la reincidencia es, sin duda, uno de los objetivos de todas las respuestas que tienen lugar en el marco de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores; y por tanto también de los procesos de mediación y demás soluciones extrajudiciales. De hecho, cuando se desea evaluar los efectos de la justicia restaurativa (tanto adulta como juvenil) se utiliza como criterio de análisis el de la reincidencia. ¿Qué hacer, en consecuencia, con los menores reincidentes que pasan al programa de mediación? ¿Se puede utilizar el criterio de la reincidencia para excluir a un menor de la mediación? ¿Quién ha de dirigir el proceso en estos casos, el mediador que lo atendió en anteriores ocasiones o uno distinto?

Aquí hemos de distinguir dos tipos de reincidencia:

- a) Menores con juicios y medidas anteriores que pasan por primera vez al programa de mediación. Estos casos la ley no los limita, no indica que hayan de ser excluidos. En consecuencia, si se dan las condiciones de acceso al programa de mediación para el caso concreto (calificación de delito menos grave o falta, reconocimiento, capacidad, voluntad) pasarían al programa restaurativo.
- b) Menores que han pasado por el programa de mediación anteriormente. En estos casos, aunque la ley tampoco realiza limitación alguna, el volver a responsabilizarse de haber realizado un segundo daño indica que los compromisos y responsabilización hacia el primero no tuvieron el efecto preventivo deseado. Los criterios en estos casos son diversos: en ocasiones no se permite el acceso a programa de mediación posteriores porque se considera que la capacidad para reparar a la víctima y la voluntad de hacerlo no es adecuada. Un criterio bastante extendido en los programas de mediación es *no acceso al tercer programa de mediación*, es decir, se permite participar en dos procesos de



mediación. En todo caso, este criterio puede ser modificado en el caso concreto o en situaciones especiales: mucha distancia temporal entre las infracciones, o infracciones similares y muy cercanas en el tiempo, o infracciones realizadas con anterioridad al primer proceso de mediación porque fueron realizadas antes de haber trabajado con el menor.

En estos supuestos se plantea quien ha de ser el mediador que atenderá el caso en el segundo (o tercer) proceso de mediación, si ha de ser el mismo o si se ha de cambiar de profesional. Teniendo en cuenta que el menor ya tiene un técnico referente en el Equipo, que el mediador que llevó el primer proceso de mediación ya conoce el caso y que en ocasiones esos procesos requieren un seguimiento durante semanas o meses de la reparación; como criterio general parece más conveniente que *el mediador que llevó los casos anteriores lleve el o los siguientes* ya que tendrá una visión más global del menor. En ocasiones, además, los procesos de mediación se superponen y se inicia el segundo cuando todavía no se ha cerrado completamente la reparación del primero.

No obstante, puede ocurrir que el caso concreto, por sus características, aconseje un cambio de técnico, más imparcial ante siguientes procesos de mediación después de conducir el primero.

#### 4. Autores y víctimas especiales (menores de edad, incapaces...)

Participar de forma activa y adecuada en un proceso de mediación requiere, tanto para el autor como para la víctima, unas ciertas características de madurez cognitiva y social. Muchas víctimas menores de 14 años y algunos autores y víctimas de entre 14 y 18 años con características de infantilismo se muestran, en cambio, en relación al daño sufrido u ocasionado, muy dependientes de la opinión y percepción de los progenitores. Así ocurre con determinados casos de *bullying* (cuya prevalencia principal es, efectivamente, en torno a los 13 y 14 años) o de otros tipos de acoso en el que participan menores.

En estos casos, la voluntad y capacidad del menor de participar en un proceso, bien como autor bien como víctima, en el que se le requiere una cierta autonomía, se encuentra muy mediatizada por las ideas y voluntad de los padres. Es muy importante, por tanto, *hacer partícipes en todo el proceso a los padres*; no sólo recabando su consentimiento (como establece la normativa vigente acerca de los autores) sino de una forma más activa, en conjunto con su hijo, analizando

la percepción del daño ocasionado o sufrido, la voluntad explícita de participar, los compromisos a los que se puede llegar, etc. Solamente de esta forma, con la presencia activa de los padres durante todo el proceso, se puede garantizar un desarrollo adecuado del proceso de mediación: decisión acerca de la voluntad de participar en el mismo, capacidad para llegar a compromisos, poder cumplir esos compromisos, etc.

Además, no se ha de olvidar que el art. 19 de la Ley 5/2000 establece que en los casos en los que la víctima fuere menor de edad o incapaz, los compromisos del proceso de mediación han de ser asumidos por el representante legal de dicho menor con la aprobación del Juez de Menores.

##### 5. *Oposición de la víctima, proceso de mediación y reclamación de indemnización civil*

Uno de los principios de la mediación penal juvenil es la voluntad de las partes en participar. En ocasiones, por tanto, se puede producir (se produce de hecho) la negativa de la víctima, por diferentes motivos, a participar. La propia L.O. 5/2000 (art. 19.2) indica que se produce conciliación y reparación *sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación a la responsabilidad civil*. Es decir, la víctima puede negarse a participar en el proceso de mediación y ejercer su derecho a la reclamación civil que estima que le corresponde. En la práctica esto supone una imposibilidad (o al menos serias complicaciones) de un proceso de mediación ya que la responsabilidad civil se dirime junto a la penal en audiencia judicial.

La reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* son dos figuras distintas puesto que la reparación es de naturaleza penal y la responsabilidad civil lo es de naturaleza civil. Entre las diferencias que señalan ANGUITA y otros destaca que la reparación se podría aplicar incluso cuando no ha habido resultado de daños (p.e. en los delitos frustrados) y la responsabilidad civil requiere un daño efectivo; en la reparación se valora más el esfuerzo por alcanzarla que la propia cuantía de la reparación; en la reparación se admite una figura con una clara connotación penal como es la reparación simbólica o prestaciones en beneficio de la comunidad, no ocurriendo así en la responsabilidad civil; la reparación se concreta en proporción a la gravedad de la infracción y la responsabilidad del agresor y la responsabilidad civil, en cambio, se fija por el principio de *reparación integral del daño*.

#### IV. Bibliografía

- ÁLVAREZ, F. (2001): «Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de responsabilidad penal de los menores», *Zerbitzuan*, 39, 19-28.
- ÁLVAREZ, F. (2001): *La intervención del Equipo Técnico en el nuevo procedimiento sobre la responsabilidad penal de los menores. Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores*. Bilbao: Consejo Vasco de la Abogacía, 215-242.
- ÁLVAREZ, F. (2006): «La Justicia Restaurativa: posibilidades para la justicia juvenil». En *Infancia y juventud marginadas, políticas sociales y criminales* (117-127): Vitoria: Ikusbide.
- ÁLVAREZ, F. (2008): «Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales», *International e-Journal of Criminal Science*, artículo 3, número 2.
- ALZATE, R. (1998): *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.
- ANGUITA, R. y otros: *La reparación y la responsabilidad civil ex delicto del menor de edad*. Área Jurídica. [www.meridianos.org/simposio/comunicaciones/cordoba/a1\\_rosa\\_anguita.pdf](http://www.meridianos.org/simposio/comunicaciones/cordoba/a1_rosa_anguita.pdf).
- BALAHUR, D. (2007): «Justicia restaurativa: un posible modelo compartido de reintegración y rehabilitación social de menores delincuentes dentro del marco europeo». *Actas del I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores*, Madrid.
- BOQUÉ, M.C. (2002): *Guía de mediación escolar*. Barcelona: Octaedro-Rosa Sensat.
- CAPDEVILA, M.; FERRER, M. y LUQUE, E. (2005): *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- CRUZ, B. (2005): «La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño». *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, recpc 07-14: <http://criminol.ugr.es/recpc>.
- DPTO. DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL GOBIERNO VASCO (2005): *Gazte justicia Euskal Autonomia Erkidegoan: Neurriak betearazteko 2004-2007ko plana. La justicia juvenil en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Plan para la ejecución de medidas 2004-2007*. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- DPTO. DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL GOBIERNO VASCO (2008): *III Plan de Justicia Juvenil en la Comunidad Autónoma de Euskadi 2008-2012*. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- DEL BARRIO, C.; VAN DER MEULEN, K. y BARRIOS, A. (2002): «Otro tipo de maltrato: el abuso de poder entre escolares». *Bienestar y Protección Infantil*, 1, 3.
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, sobre La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en al Unión Europea.
- DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

- ELÍCEGUI, M. y SANTIBÁÑEZ, R. (2002): «La mediación en la justicia de menores. Primer año de la L.O. 5/2000». La experiencia de Bizkaia. *Homenaje a J.M.<sup>a</sup> Lidón*, Bilbao.
- FUNES, J. (dir.) (1995): *Mediación y justicia juvenil*. Barcelona: Fundació Jaume Callis.
- GUILLAMAT, A. (2012): *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Una cultura preventiva ante el conflicto*. FOCAD, Formación Continuada a Distancia. Consejo General de colegios Oficiales de Psicólogos.
- LEY ORGÁNICA 4/1992, reguladora de la competencia y del procedimiento de los Juzgados de Menores.
- LEY ORGÁNICA 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- MARTÍN, S. (2001): *Aplicación en la C.A. del País Vasco de la ley de responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los Derechos Humanos*. Gasteiz: Ararteko.
- MOORE, C. (1984): *Negociación y mediación*. Gernika: Gernika Gogoratzuz.
- OLALDE, A. y Álvarez, F. (2002): «Análisis comparativo de dos procesos de mediación en justicia juvenil». Documentación del *Congreso de Justicia Juvenil: nuevos retos nuevas propuestas*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- PÉREZ, M.L. (2012): *Las víctimas en la mediación penal de adultos*, Focad, Consejo General de colegios Oficiales de Psicólogos, sep.-oct. 2012.
- REAL DECRETO 1774/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- RECOMENDACIÓN N.º R(99)19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa para los países miembros acerca de la mediación penal.
- SAN MARTÍN, J.A. (2003): *La mediación escolar. Un camino para la gestión del conflicto escolar*. Madrid: CSS.
- VARONA, G. (2008): «Criterios de evaluación en la justicia restaurativa: análisis comparado e internacional». *Jornadas transfronterizas sobre La mediación penal, un modelo de justicia restaurativa*, Observatorio Vasco de Mediación: Donostia.

# La práctica de la justicia restaurativa en Euskadi: miradas del trabajo social

Alberto José Olalde Altarejos

Graduado en Trabajo Social, Master Oficial en Mediación  
Profesor de la Escuela de Trabajo Social de la UPV/EHU

## I. Introducción

Cuando recibí por parte de quien fuera mi profesor de penología en el Instituto Vasco de Criminología, Ignacio Subijana, la invitación a participar en una jornada de homenaje al Juez Lidón, asesinado por la organización terrorista ETA, inundaron en mí rápidamente dos intensas emociones. Primero sentí un profundo honor por participar en un acto de memoria a don José María Lidón, y poder contribuir con la mirada práctica de quien tuvo el privilegio de trabajar en los servicios de mediación penal de Barakaldo y Bilbao del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, asistiendo a centenares de procesos restaurativos entre el año 2007 y 2011. Y en segundo lugar, sentí la emoción de la responsabilidad de aportar elementos prácticos de los encuentros entre víctimas y victimarios en foro con personas prestigiosas del ámbito del derecho penal, la criminología y la judicatura.

Este artículo pretende hacer una reflexión con las lentes de un trabajador social, con el ánimo de acercar a la persona lectora elementos cruciales para la práctica restaurativa desde un paradigma humanista. Para ello, nos centraremos inicialmente en elementos más conceptuales que abrigan la relación entre el trabajo social y la justicia restaurativa, para llegar a las aportaciones metodológicas, todo ello conectado con percepciones y sensaciones de dichos procesos restaurativos.

## II. Trabajo social y justicia restaurativa: la mirada conceptual

Los sistemas penales contemporáneos han dejado de ser un control punitivo-estatal con fines de resocialización o reintegración social para sus clientes, para pasar a constituirse en formidables agentes

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-17-1, núm. 9/2013, Bilbao, págs. 277-316

profundizadores de la exclusión social, ésta como rasgo esencial de los modelos de sociedad implantados por las reglas del mercado neoliberal y la desaparición de aquellos modelos que se regían esencialmente por las normas del Estado. (Bergalli, 2009:76-77)

Es preceptivo señalar que quien escribe esta obra no es jurista ni experto en derecho penal, aun cuando haya estudiado el sistema penal con formación de criminología. Dicho eso, creemos oportuno resaltar que el derecho penal, tiene una legítima y necesaria presencia en nuestra vida. Sin embargo, algunas de sus funciones se cumplen de manera muy limitada o con poca eficacia. Nos referimos a la responsabilización de los actos delictivos por parte de las personas ofensoras y la reparación a las víctimas de los delitos. Es ahí, donde nuestra visión interviene complementando al referido derecho penal.

La justicia restaurativa y el trabajo social buscan promover cambios positivos en las personas y en las sociedades. Aunque la profesión de trabajo social podría considerarse joven frente a otras del ámbito de las ciencias humanas y sociales, sus mayores esfuerzos y aportaciones se han centrado en la mejora de las condiciones de vida de personas, grupos y comunidades. Al mismo tiempo, la reivindicación de una sociedad más igualitaria y justa ha sido y es seña principal de identidad profesional. El grupo alemán de investigación en justicia restaurativa, acumuló datos sobre cantidad, organización y procesos usados en potenciales casos de VOR (acrónimo en inglés de Reconciliación Víctima-Ofensor) y destacó que la mayoría de casos eran llevados a cabo por trabajadores y trabajadoras sociales que resolvían los conflictos a través del contacto entre la víctima y el ofensor (Rössner, 1999).

El reconocimiento de que el trabajo social y la justicia restaurativa puedan convivir juntas nos permite atisbar las barreras y oportunidades para reconocer su ajuste y complementariedad. Como han señalado Beck, Kropf, & Leonard (2011), tres condiciones deberán tenerse en cuenta para ello: el reconocimiento mutuo de ambos, el desarrollo de conocimiento empírico y la colaboración interdisciplinar.

La mirada social al delito ha sido oportunamente atisbada por el penalista Claus Roxin cuando señala la reparación y el acuerdo de compensación autor-víctima como medio de solución social de conflictos. Dicho autor subraya:

La inclusión en el sistema penal sancionador de la indemnización material e inmaterial de la víctima significa que el Derecho penal se aparta de la idea abstracta y que hace un giro hacia la realidad social. (Roxin, 1999:13)

Recientemente y en el contexto de la 26.<sup>a</sup> Conferencia de Ministros de Justicia de Europa en Helsinki en 2008, la Resolución sobre la misión social de la justicia penal nos señala que el sistema de justicia penal se ha concentrado en el ofensor, y los temas de culpabilidad y pena. La mirada social de la justicia restaurativa que contribuye a la atención de las necesidades de las víctimas y la reintegración social de los ofensores rescata la importancia de la paz social que promueva una política criminal que ponga énfasis en la prevención de conductas anti-sociales y delictivas, así como el desarrollo de sanciones y medidas comunitarias.

### 1. *Al encuentro de la justicia restaurativa y el trabajo social*

Cuando miramos a la justicia restaurativa con miradas de trabajo social podemos remarcar que numerosos académicos y académicas han indicado que «la mediación entre víctimas de delitos y los ofensores representa un área emergente de la práctica del trabajo social» (Baldry, 1998; Umbreit, 1999; Van Wormer, 2003; Wright, 1998a). La mirada mutua del trabajo social y la justicia restaurativa ha sido igualmente abordada por Bradt (2009) y Galaway (1988) señalando entre otras, estas razones para su compatibilidad:

- *Primero*, un tópico de larga tradición en el trabajo social es que las personas tienen derecho a ser participantes activos en los asuntos que les afectan y en la búsqueda de soluciones a sus problemas. Los programas de justicia restaurativa proporcionan oportunidades de participación directa de las víctimas y las personas ofensoras.
- *Segundo*, en trabajo social tradicionalmente se ha enfatizado la importancia de trabajar con las fortalezas de los clientes y clientas con el optimismo de que los problemas de ellos y ellas pueden tener solución y el cambio puede ocurrir. En justicia restaurativa se trabaja desde la asunción de que los ofensores tienen la fortaleza para llevar a cabo encuentros y negociaciones, donde puedan buscarse soluciones mutuas y estas puedan implementarse.
- *Tercero*, el trabajo social se ha ocupado de contrarrestar la construcción de estereotipos mutuos entre ofensores y víctimas. Quienes han cometido delitos suelen desarrollar técnicas de neutralización para negar la responsabilidad de sus hechos (Sykes & Matza, 1957). Los procesos restaurativos constituyen un mecanismo eficaz para desafiar la racionalización de la persona ofensora al proporcionar información concreta sobre el daño cau-

sado. Las víctimas tienen la oportunidad de cotejar los puntos de vista de los delincuentes con la realidad. Los trabajadores y trabajadoras sociales hemos apoyado históricamente los esfuerzos para mejorar la comunicación entre las personas, favorecer la comprensión y el respeto mutuo. Los procesos restaurativos son a su vez procesos de comunicación activos que favorecen la individualización y la reducción de estereotipos mutuos.

- *Y por último*, en la búsqueda que el trabajo social hace de la satisfacción de necesidades humanas y sociales, los procesos restaurativos permiten a las víctimas hablar de su experiencia y reacciones a los delitos sufridos, así como hacer preguntas directas a los mismos. El beneficio de la narración de lo ocurrido, en este caso ante la persona directa que ha ocasionado el daño, es reconocido en la perspectiva internacional comparada.

Sin embargo, la relación entre justicia restaurativa y trabajo social no es muy lejana en el tiempo. Van Wormer identificó la ausencia del término justicia restaurativa en la Enciclopedia de trabajo social, siendo este hecho corregido en la edición de 2008 (Beck, Kropf, & Leonard, 2011). Las investigaciones de dicha autora nos muestran un escaso papel de la formación en justicia restaurativa en las escuelas de trabajo social de Estados Unidos, debido al alejamiento que el trabajo social había tenido del ámbito penal. La tendencia de la justicia penal en los años ochenta y noventa hacia el populismo penal, el desarrollo de un derecho penal del enemigo y el aumento de las penas privativas de libertad, son prácticas poco conectadas con los valores que promueve el propio trabajo social. Estas parecen haber sido razones por las cuales el trabajo social se ha alejado del ámbito penal.

La relación entre ambas viene determinada por los vínculos directos en los valores: la justicia social, el servicio, la dignidad y valor de las personas, la importancia de las relaciones humanas, la integridad y la competencia (Van Wormer, 2003:441). La mediación víctima-persona ofensora se convierte en una plataforma donde el sistema de justicia penal y el trabajo social se influyen mutuamente y se cuestionan así mismos. Esto refleja la opinión de que la filosofía de la justicia restaurativa puede formar un vínculo armonioso entre el sistema penal y el trabajo social (Van Wormer, 2005).

En los programas de mediación de la parte flamenca en Bélgica, el trabajo social no se ve reducido a una respuesta metodológica al delito, sino que se reconoce como acción social (Bradt & Bie, 2009).

En el ámbito profesional en Estados Unidos, se ha señalado la falta de interés del trabajo social por este campo en Estados Unidos, lo cual



se observa el nulo aliciente en las escuelas de trabajo social por los temas de justicia restaurativa (Gumz & Grant, 2009; Van Wormer, 2003).

El trabajo social de Inglaterra ha sido mucho más activo que el de Estados Unidos a la hora de aplicar los conceptos de la justicia restaurativa, ya que desde su práctica el Estado es más fuerte a la hora de proveer variados y robustos servicios a la ciudadanía (Gumz, 2004).

El concepto de justicia social en el trabajo social por lo general ha subrayado la justicia distributiva, pidiendo una distribución más equitativa de los bienes y servicios en la sociedad. Pero el campo de la justicia penal no ha sido, al parecer, muy atractivo para el trabajo social. Muchos trabajadores sociales han expresado dudas acerca de participar en un sistema —el penal— en el que conviven la falta de autodeterminación y los conflictos con los valores del trabajo social (Alexander Jr., 1997).

El trabajo social puede tener importantes aportaciones al paradigma de la justicia restaurativa, pero todavía queda mucho camino por recorrer. El modelo de trabajo social de España, desarrollado por la implantación de los servicios sociales bajo el binomio recurso-necesidad, ha promovido un tipo de trabajo social muy lejos del que en estas páginas queremos promover. Es por ello, que debemos hacer una apuesta por la formación y la redefinición de nuestro papel en la justicia penal.

La conexión que estamos explorando en este capítulo alcanza a elementos básicos conceptuales.

«La profesión del Trabajo Social promueve el cambio social, la solución de problemas en las relaciones humanas y el fortalecimiento y la liberación de las personas para incrementar el bienestar. Mediante la utilización de teorías sobre el comportamiento humano y los sistemas sociales, el trabajo social interviene en los puntos en los que las personas interactúan con su entorno. Los principios de los derechos humanos y la justicia social son fundamentales para el trabajo social». (International Federation of Social Workers —IFSW—, 2010)

El trabajo social, desde siempre, ha dado respuesta a las necesidades sociales de la población, y en el ámbito comunitario ha sabido promover y potenciar la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la convivencia diaria y en la satisfacción de sus necesidades.

El trabajo social es un tipo de relación profesional (ayuda, asistencia, acompañamiento, etc.) que puede desarrollarse en entornos organizativos muy diversos: servicios sociales, sanitarios, educativos, penitenciarios, etc.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Véase más en Barbero, 2002.

Los trabajadores y las trabajadoras sociales pueden ejercer de personas mediadoras por sí mismas, tal vez trabajando con un voluntario capacitado como co-mediador, pero su papel también será «organizar el servicio, ser miembros de comités de gestión, entrenar a la gente en habilidades de mediación y a realizar apoyo y supervisión a los mismos. Pero en primer lugar, los trabajadores sociales por sí mismos tendrán que ser formados en técnicas de mediación, que son diferentes de las de trabajo social» (Wright, 1998b:275).

Históricamente, el trabajo social tiene una rica tradición en mediación y resolución de conflictos (Kruk, 1997). Desde la perspectiva estadounidense, los trabajadores y trabajadoras sociales interactúan con sistemas en conflicto y regularmente asumen el rol de mediación, actuando como personas intermediarias y dando énfasis a procesos colaborativos y consensuales cuando tratan con el conflicto. El mismo autor señala que el rápido crecimiento de la mediación no ha dado tiempo a que la educación y la profesión en trabajo social hayan caminado juntos. Y a pesar de que existe un número creciente de profesionales del trabajo social que se identifican como mediadores y mediadoras, especializados-as en resolución de conflictos o incluyendo el rol de mediación como parte integral de su práctica, se reconoce que la aportación del trabajo social todavía es pequeña.

El trabajo social contemporáneo puede contribuir a la privatización de las relaciones sociales de tal manera que la gente pueda entender sus acciones de un modo puramente individualista, o puede definir su papel en la reafirmación de la importancia de la dimensión social en las relaciones sociales. De cara a conseguir lo segundo los trabajadores y las trabajadoras sociales «deben involucrarse activamente en el nivel de la política social» (Lorenz, 2005:98).

Esto implica que los trabajadores y las trabajadoras sociales no son únicamente administradores de políticas sociales, sino agentes de transformación. Esto obliga al reconocimiento de que el trabajo social no solamente resuelve problemas sociales sino que ayuda a definir esos problemas sociales de un modo determinado (Bradt, 2009).

Hoy día el trabajo social tiene reconocimiento internacional, como muestra la Recomendación (2001) 1 del Comité de Ministros de Europa a los países miembros sobre los trabajadores sociales, donde destaca especialmente para nuestro interés el punto o):

Reconociendo que el Trabajo Social promueve el bienestar de los individuos, los grupos y las comunidades, favorece la cohesión social en los periodos de cambio y ayuda a proteger a los miembros vulnerables de la comunidad, con la colaboración de los usuarios de los servicios, las comunidades y las profesiones. La mayoría de los indi-

viduos son capaces de enfrentarse por sí solos, o con la ayuda de su familia, de sus amigos o del colectivo, a los cambios o a las dificultades por las que atraviesan. En determinadas personas, los problemas o los cambios personales, perjudican la capacidad para actuar de forma autónoma. Algunas necesitan ayuda y consejos. Otras requieren cuidados, apoyo y protección. Los Trabajadores Sociales responden a esas necesidades; contribuyen de forma esencial a promover la cohesión social, tanto mediante la prevención como luchando contra los problemas existentes. (..). (Consejo de Europa, Comité de Ministros, 2001)

Como se observa, una vez más, el trabajo social se ha ocupado y preocupado históricamente de las necesidades de las personas a quien atiende, un eje vertebrador de los procesos restaurativos supone atender las necesidades de víctimas y ofensores.

Por todo ello, reivindicamos un trabajo social comprometido con las necesidades de víctimas y ofensores, con la justicia social y la emancipación humana, que reivindica un nuevo espacio social que había estado dominado por prácticas reduccionistas de gestión de recursos de un pasado neoliberal. Porque es posible un trabajo social moderno, capaz de superar las propias contradicciones que refleja su naturaleza, generando acciones resilientes tanto para la ciudadanía como para sí mismos, facilitando procesos de resistencia y cambio individual y socio-político (Hyslop, 2012).

Para finalizar, podemos añadir que la justicia restaurativa y el trabajo social tienen un lugar común, que ese lugar todavía está en crecimiento y que no podemos entender la práctica de los procesos restaurativos sin las aportaciones que el propio trabajo social nos hace, principalmente el trabajo social narrativo, el paradigma de las fortalezas y la supervisión.

## 2. *La perspectiva comunitaria y los procesos restaurativos*

Nada ha sido más atrevido y audaz en el ámbito de la resolución de conflictos que la creación de centros de Justicia Comunitaria (Hedden, 2004:124)

La participación de la comunidad de forma directa en la resolución de sus conflictos y disputas adquiere protagonismo a principios del siglo XXI en España<sup>2</sup>. Prueba de ello, son las decenas de servicios

---

<sup>2</sup> La primera experiencia de carácter estructurado de la que se tiene constancia surgió en el año 1996 en el Ayuntamiento de El Prat de Llobregat (Barcelona) (Playà, 2010).

de mediación comunitaria que se ofrecen a la ciudadanía, principalmente en Cataluña. Estos servicios se caracterizan por abordar conflictos de carácter civil, muy vinculados a asuntos de convivencia, conflictividad familiar, utilización de espacios comunes, pequeños altillos, y con la nueva aparición de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles pueden comenzar a abordar conflictos judicializados.

El modelo de mediación en el ámbito civil que en España más está teniendo cabida, es el de mediación llevada por profesionales donde poca o nula cabida tienen la presencia de mediadores y mediadoras que actúan voluntariamente. La primera experiencia institucionalizada de mediación en el ámbito penal, perteneciente a la Generalitat de Catalunya, fue con modelo profesional, en cambio, la experiencia de la Asociación Apoyo de Madrid, apoyada por el Consejo General del Poder Judicial, es casi toda ejecutada por mediadores y mediadoras voluntarias.

Las primeras prácticas formales<sup>3</sup> de mediación comunitaria, «Neighborhood Justice Centers» o «Community Boards» de San Francisco (Estados Unidos) en los años setenta, se caracterizaron por la implicación de mediadores y mediadoras voluntarias<sup>4</sup>, pertenecientes a la comunidad, formados como proveedores primarios de los servicios de mediación, sin credenciales académicas o profesionales, y gestionados por agencias privadas sin ánimo de lucro o agencias públicas.

Tras estas iniciales experiencias, hemos ido transitando un camino hacia una mayor institucionalización y profesionalización, con diversidad de perspectivas y metodologías<sup>5</sup>.

Varios son los factores que principalmente han influido en la evolución de estos pioneros programas, entre ellos:

- Una conciencia creciente de las limitaciones para acceder a la justicia formal, por el volumen de trabajo pendiente, los retrasos y los costos de los procedimientos judiciales ordinarios.
- La pérdida de protagonismo de quienes han resuelto tradicionalmente conflictos de modo informal (familias numerosas, ámbito rural, líderes vecinales) debido al incremento de la movilidad, la

---

<sup>3</sup> Las informales forman parte de la propia humanidad.

<sup>4</sup> Desde la convicción de que la mediación comunitaria es una auténtica resolución del conflicto de la ciudadanía, por la ciudadanía y para la ciudadanía.

<sup>5</sup> La historia de la mediación comunitaria en Estados Unidos nos demuestra que la variedad de tipologías, estructuras y formas de institucionalización han permitido la socialización de los métodos alternativos de resolución de conflictos en la inmensa mayoría de estados (Hedden, 2004).

urbanización, los rápidos cambios sociales, la tendencia a la desintegración social<sup>6</sup>, etc.

- Percepciones cambiantes sobre la adecuación y efectividad de los procesos judiciales frente a métodos alternativos en procesos de conflictos.

Tras estas iniciales experiencias, en Europa, Francia comenzaba a principios de los años ochenta a ensayar la aplicación de este modelo con el objetivo de favorecer el encuentro de las personas víctimas de delitos con sus victimarios, desde la derivación de los Tribunales<sup>7</sup>, o desde una perspectiva más social, desarrollando la oportunidad de la ciudadanía de su participación activa en la resolución de los conflictos, denunciando la crisis del modelo institucional de regulación de conflictos, racional, centralizado y formal. No era su objetivo sustituir a la justicia, sino crear una nueva forma de socialización a partir de la regulación de los conflictos que afectan al barrio.

Hoy día en España, el lugar que debe ocupar un Servicio de Mediación Comunitaria sigue debatiéndose, pero comienza a concebirse como un nuevo escenario de construcción social que debe estar basado en<sup>8</sup>,

1. El previo reconocimiento universal de los derechos sociales.
2. La pluralidad de opciones de uso de los mismos.
3. La facilitación de acceso.
4. La participación directa de los ciudadanos en la creación de consensos y en la gestión de los conflictos que supone la aceptación de la diferencia.
5. Un nuevo rol de los sistemas de poder encargados de velar por el reparto equitativo de las oportunidades.

Pero este lugar no puede ser el de una mera técnica dirigida a la solución de situaciones conflictivas, pues entenderla desde éste único enfoque es seguir conceptualizando el conflicto como disfuncional, como algo que perturba el equilibrio social. El conflicto es y será una oportunidad para el cambio, para el progreso y también la mediación, como

---

<sup>6</sup> Supone la fragmentación y la individualización de la vida social, la desintegración de los sistemas que dan sentido a la vida, la desaparición de la vida corriente a consecuencia de la excesiva institucionalización y la desaparición del vínculo con la naturaleza (Deklerck, 2003).

<sup>7</sup> A través de proyectos liderados desde la asociación parisina S.O.S. Aggression-Conflicts (ya desaparecida) o las denominadas «Boutique de Droit» (San Martín Larrinoa, 1997).

<sup>8</sup> Puntos, 2007.

proceso para la gestión participada del conflicto, pudiendo ser esta una condición constitutiva de las relaciones sociales<sup>9</sup>.

La mediación comunitaria no sólo se conceptualiza como una intervención puntual ante un conflicto, sino sobre todo como una acción poliédrica, dirigida a producir un nuevo contexto de regulación social, en el que los acuerdos consensuados y los procesos para llegar a ellos se configuren como un sistema de normas y procedimientos orientados a la construcción o reconstrucción de los vínculos sociales en la comunidad<sup>10</sup>.

Incluso se piensa en la mediación como una ayuda a la construcción social favoreciendo la creación de espacios de gestión de conflictos, fortaleciendo los aspectos cooperativos de los actores sociales a través de la adquisición de técnicas orientadas a la participación responsable de la ciudadanía, y facilitando la toma de decisiones públicas sobre las cuestiones que han de incidir en el acceso y el uso de los derechos sociales.

La relación entre la mediación en conflictos vinculados a la comunidad y los conflictos de carácter penal no es fácil en nuestra sociedad y en nuestro contexto jurídico. Si miramos a países como Nueva Zelanda, pioneros en el desarrollo de la justicia restaurativa en el ámbito de menores, observamos la reflexión sobre la necesidad de crear servicios de mediación comunitaria que ayuden a los programas de justicia restaurativa<sup>11</sup>.

Uno de los pioneros en la precursora Nueva Zelanda<sup>12</sup>, Frederick WM McElrea, señala la importancia de desarrollar centros comunitarios de resolución de conflictos, que puedan tratar con conflictos de materia civil y penal, utilizando la mediación para los asuntos civiles y la justicia restaurativa para los penales. Las conferencias restaurativas, ofrecerían desde el paradigma que tanto éxito ha tenido en dicho país, la oportunidad de participar a personas de apoyo de las víctimas y las personas ofensoras, así como de representantes de la comunidad. Estos centros —propone dicho autor—, operarían en asociación con el gobierno local y central, la policía, el tercer sector (voluntariado) y agencias externas. Diera la impresión que las barreras entre lo civil y lo penal

---

<sup>9</sup> Véase más en Di Rosa, 2002.

<sup>10</sup> Distinguiendo las instancias de mediación (informal, difusión cultura de paz) y las acciones de mediación (procesos de resolución del conflicto en sentido estricto) (Bonafé-Schmitt, 1992).

<sup>11</sup> Es importante destacar que el programa de formación de facilitadores y facilitadoras en justicia restaurativa del Ministerio de Justicia del gobierno neozelandés, en el desarrollo de los conocimientos a adquirir señala lo siguiente en su primera frase: «conocer qué es la justicia restaurativa y cómo difiere del asesoramiento y la mediación».

<sup>12</sup> Su carácter precursor viene determinado por el hecho de haber sido el primer país en incorporar a los juzgados juveniles prácticas tradicionales de las tribus aborígenes maorís, a través de la «Children, Young Persons and Their Families Act» de 1989.

podieran rebajarse con centros de profunda raíz comunitaria, escaso personal y coordinación con el Juzgado (McElrea, 2007).

La unión del abordaje de los conflictos penales y civiles en programas bajo un mismo paraguas es una utopía de gran alcance, que se antoja lejana en el tiempo. Hoy día, la cultura jurídico-penal en nuestra sociedad, sigue demandando un uso del Derecho Penal casi como forma exclusiva de resolución de conflictos<sup>13</sup>.

La justicia restaurativa es un modelo de justicia comunitaria que pone todo su énfasis en la dimensión social del delito. Busca restaurar el lazo social dañado por la acción criminal en un proceso de reconciliación, reparación y perdón entre la víctima y el infractor, con la mediación de la comunidad (Britto, Ordóñez, & Díaz, 2006).

Uno de los primeros pasos sería reconocer que cuando un hecho se convierte en un ilícito penal, el proceso penal no es necesariamente el mejor o único camino para manejarlo. Pero para esto se necesita hoy día en España una importante reforma legislativa que no acaba de llegar<sup>14</sup>.

Esto nos lleva a pensar que la perspectiva comunitaria en justicia restaurativa comienza por desarrollar procesos restaurativos con un nivel de personas participantes mayor, dando así participación a la comunidad que se ve afectada por los ilícitos penales. Esta participación debería tenerse en cuenta de varias formas (Wright, 2002):

1. Familiares y simpatizantes de las víctimas y ofensores e igualmente los miembros de la comunidad.
2. Los facilitadores pueden obtenerse de la comunidad (tanto de forma voluntaria como asalariada). Esto ayudaría a que la comunidad entendiera la dinámica de los conflictos de índole penal.
3. La comunidad, en forma de individuos, organizaciones de voluntariado y autoridades locales pueden aprovechar y tener en cuenta este conocimiento obtenido en los procesos restaurativos para desarrollar programas de reducción de la delincuencia.

Por último queremos abordar brevemente la reflexión sobre las ventajas o desventajas de la ubicación de los servicios de mediación penal en sede judicial.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Sobre la tendencia expansiva de un derecho penal de corte punitivo, véase la Plataforma Otro Derecho Penal es posible y los documentos que contienen referencias explícitas a la justicia restaurativa.

<sup>14</sup> La reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 2 —ámbito de aplicación— ha dejado, entre otras, excluida la mediación penal. Véanse la propuestas de modificación legislativas en política criminal (Pascual, 2011).

<sup>15</sup> Para ello haremos referencia a reflexiones personales realizadas con motivo del homenaje póstumo al Catedrático de Criminología Tony Peters, celebrado durante la

Para los y las trabajadoras sociales los servicios y programas de intervención social adquieren gran fuerza y notoriedad cuanto más cerca estén de la comunidad a la que atienden. Para el Catedrático de Criminología Tony Peters, la inercia de los juzgados penales es tan grande que convendría que los servicios de mediación, con sus nuevas lógicas estuvieran dentro de los juzgados. Son necesarios nuevos procesos y prácticas para atender las necesidades de las víctimas.

En nuestra experiencia profesional en los Juzgados de Barakaldo, hemos comprobado que tras la inicial sorpresa y recelo fue creciendo una confianza muy unida al hecho de compartir desde la cercanía del edificio y sus pasillos.

Cristina de Vicente, Jueza decana del Partido Judicial de Barakaldo en la época<sup>16</sup>, transcurridos unos meses desde el nacimiento del servicio, lo argumentaba así:

No escondemos que la propuesta suscitó simultáneamente curiosidad y escepticismo. No sabíamos qué es la mediación, pero nos parecía que tenía cierto componente ideológico que nos suscitaba un inicial recelo. No sabíamos para qué servía la mediación, pero nos parecía que no podía servir para mucho o que sus finalidades quedarían reducidas a un pequeño grupo de asuntos de escasa relevancia penal. También debíamos superar obstáculos conceptuales: en general a los juristas el conflicto que subyace al delito no nos importa, a veces nos incomoda y las más de las veces lo eludimos, porque nos hace perder un tiempo del que no disponemos. Nuestro foco de atención está puesto en el delito y no en las causas que lo motivan. En segundo lugar, encuanto servidores de la ley, no nos gustan las componendas, pues decidimos en función de las circunstancias legalmente previstas y con la eficacia y límites que disponen las leyes penales. De ahí que la falta de regulación legal de la mediación constituya un obstáculo no desdeñable. También reflexionamos acerca de la utilidad de la propuesta pues la conformidad ya está regulada, aunque de forma ciertamente parca, pero permite un amplio juego del que en Barakaldo extraemos todas sus posibilidades.

Esta cercanía humana entre profesionales con diferentes tareas (jueces y juezas, secretarios y secretarías judiciales, personal de gestión y tramitación, personal de servicios complementarios de justicia-atención a víctima y persona detenida) ha contribuido enormemente al éxito y

---

12.ª Conferencia Anual de la Sociedad Europea de Criminología, en Bilbao, con la conferencia «Why should restorative justice be court-based?»

<sup>16</sup> Fuente: <http://www.justizia.net/docuteca/Documentos/4431Jornada%20Mediaci%F3n%20Penal%20-Colegio%20de%20Abogados%20de%20Bizkaia.pdf> Acceso 22/04/2010.



desarrollo de la mediación dentro del juzgado. No obstante, creemos que una conexión con servicios de carácter más local, donde puedan participar personas voluntarias de la comunidad más cercana puede ser algo mixto y complementario que contribuya a un mayor sostenimiento social y conocimiento ciudadano.

En el periodo histórico estudiado, 2007-2010, el Servicio de Mediación Penal de Barakaldo ofreció los siguientes datos:

- 763 expedientes recibidos:
  - 64% procesos restaurativos (487).
  - 34% no hubo proceso restaurativo (276).
- 487 procesos restaurativos:
  - 81% acuerdos (394).
  - 19% sin acuerdo (93).
- Seguimiento de los acuerdos (311 respuestas dadas por víctimas):
  - 85% percepción de cumplimiento total de los acuerdos.
  - 11% percepción de cumplimiento parcial de los acuerdos.
  - 4% percepción de no cumplimiento de los acuerdos.

Durante las fases de seguimiento y evaluación, seis meses más tarde, obtenemos los siguientes datos sobre la satisfacción percibida por las personas participantes:

- 81% (280) no ven ninguna desventaja.
- 46% (218) ven la ventaja de hablar directamente y resolver el conflicto.

Los tipos de acuerdo de dicho periodo son los siguientes:

Tipos de acuerdo	n	%
Renuncia a las acciones civiles	361	89,4
Disculpas formales	262	64,9
Compromiso de que los hechos no vuelvan a ocurrir	237	58,7
Declaración de respeto mutuo	167	41,3
Otras	133	32,9
Pago directo económico a la víctima	106	26,2
Tratamiento terapéutico	66	16,3
Compromiso de diálogo	59	14,6
Reflexiones y disculpas por escrito	19	4,7
Servicios y trabajos para la comunidad	14	3,5

Durante este periodo hemos comprobado que muchas veces las víctimas y las personas ofensoras no confían que ellas mismas puedan decidir qué ocurre con su caso (principalmente hechos leves). Después de comprender que pueden decidir, suelen tomar en muchos casos esta oportunidad con gran satisfacción.

El diálogo y el proceso restaurativo que facilitamos no es un paquete pre-manufacturado de roles, acciones y resultados, ya que cada caso es único y no es posible la estandarización.

Las personas que sienten miedo, ira o inseguridad requieren de un espacio íntimo para ser escuchadas. Intimidad que permite el empoderamiento para hablar y escuchar con muy pocas reglas. El sistema de justicia penal otorga pocas o nulas oportunidades para que las personas responsables de infracciones puedan reparar el daño a las víctimas, por lo que el servicio de mediación<sup>17</sup> contribuye de manera novedosa a complementar su actividad.

Todo ello no obstante, nos permite concluir que las mayores ventajas percibidas de estar dentro de los juzgados pueden ser:

- La colaboración es más fácil dada la cercanía humana entre profesionales.
- Los y las abogadas pueden en cualquier momento del proceso judicial acudir al servicio para solicitar información.
- Pueden realizarse derivaciones inmediatas y sesiones informativas breves a las personas participantes con lo que supone de intervención temprana en el conflicto.
- Se ha constatado a través de evaluaciones externas (Varona, 2008b; Varona, 2009) que las personas se sienten más seguras, tranquilas, confortables, sabiendo que el proceso judicial está cerca y los derechos a ser reparadas están siendo garantizados.

Sin embargo, debemos mostrar nuestra atención a posibles desventajas:

- Sentimientos de coerción a la participación cuando el caso es derivado por el juez o jueza.
- La posibilidad de que los procesos restaurativos respondan más a necesidades del propio juzgado, en lugar de las personas participantes.
- Procesos de agotamiento y queme en las personas facilitadoras por el volumen de casos.

---

<sup>17</sup> Comprometido con los valores restaurativos de dignidad, inclusión, responsabilidad, seguridad, promoción de la curación, humildad, cuidado mutuo, reparación, ausencia de dominación.

### III. Trabajo social y justicia restaurativa: la mirada práctica

El trabajo consiste en organizar la ingeniería social del conflicto y su relación con las partes, sin permitir ni permitirse que irrumpa la arisca mula de las ideas fuerza. (...) Tener la capacidad para acercar el sentido de justicia con el clamor por el olvido, y la relación tantas veces tempestuosa entre la víctima y su victimario. (Neuman, 2005:147)

Cuando miramos a la justicia restaurativa con miradas de trabajo social podemos remarcar que numerosos académicos y académicas han indicado que «la mediación entre víctimas de delitos y los ofensores representa un área emergente de la práctica del trabajo social» (Baldry, 1998; Umbreit, 1999; Van Wormer, 2003; Wright, 1998a). La mirada mutua del trabajo social y la justicia restaurativa ha sido igualmente abordada por Bradt (2009) y Galaway (1988) señalando entre otras, estas razones para su compatibilidad:

- *Primero*, un tópico de larga tradición en el trabajo social es que las personas tienen derecho a ser participantes activos en los asuntos que les afectan y en la búsqueda de soluciones a sus problemas. Los programas de justicia restaurativa proporcionan oportunidades de participación directa de las víctimas y las personas ofensoras.
- *Segundo*, en trabajo social tradicionalmente se ha enfatizado la importancia de trabajar con las fortalezas de los clientes y clientas con el optimismo de que los problemas de ellos y ellas pueden tener solución y el cambio puede ocurrir. En justicia restaurativa se trabaja desde la asunción de que los ofensores tienen la fortaleza para llevar a cabo encuentros y negociaciones, donde puedan buscarse soluciones mutuas y estas puedan implementarse.
- *Tercero*, el trabajo social se ha ocupado de contrarrestar la construcción de estereotipos mutuos entre ofensores y víctimas. Quienes han cometido delitos suelen desarrollar técnicas de neutralización para negar la responsabilidad de sus hechos (Sykes & Matza, 1957). Los procesos restaurativos constituyen un mecanismo eficaz para desafiar la racionalización de la persona ofensora al proporcionar información concreta sobre el daño causado. Las víctimas tienen la oportunidad de cotejar los puntos de vista de los delincuentes con la realidad. Los trabajadores y trabajadoras sociales hemos apoyado históricamente los esfuerzos para mejorar la comunicación entre las personas, favorecer la comprensión y el respeto mutuo. Los procesos restaurativos son a su vez procesos de comunicación activos que favorecen la individualización y la reducción de estereotipos mutuos.

- *Y por último*, en la búsqueda que el trabajo social hace de la satisfacción de necesidades humanas y sociales, los procesos restaurativos permiten a las víctimas hablar de su experiencia y reacciones a los delitos sufridos, así como hacer preguntas directas a los mismos. El beneficio de la narración de lo ocurrido, en este caso ante la persona directa que ha ocasionado el daño, es reconocido en la perspectiva internacional comparada.

### 1. *El trabajo social narrativo*

El trabajo social narrativo es aquel que «incorpora a la metodología de intervención social la activación de los significados y relatos como recursos de empoderamiento» de las personas que atendemos (Vidal Fernández, 2009). El trabajo social narrativo con víctimas y victimarios contribuye a la reconstrucción de una cultura que valore las relaciones humanas y que contribuye a que ambas puedan elevar un protagonismo individual que permita satisfacer sus necesidades.

«Congruente con los requisitos de la modalidad contemporánea de práctica, la orientación de la narrativa al contexto social responde a los recientes cambios del sentido del tiempo, la influencia de la herencia y de las experiencias vividas, así como la significación del contexto en la configuración de las narraciones de las personas, y es extremadamente sensible a la importancia del poder en el control del pensamiento y la acción» (Abels & Leib, 2004:66).

En el contexto narrativo, encontramos la terapia narrativa, fundada por trabajadores sociales y que puede aportarnos un marco teórico fundamental para nuestra intervención restaurativa<sup>18</sup>.

Uno de los procesos más importantes durante la entrevista en un proceso restaurativo es la narración de la historia por parte de cada participante. Son las víctimas y las personas ofensoras las protagonistas, quienes toman el micrófono y explican de forma tranquila, pausada y en un espacio seguro cómo han vivido lo que ha ocurrido y cómo les ha afectado. El discurso les pertenece.

---

<sup>18</sup> La terapia narrativa fue desarrollada por Michael White y David Epston, trabajadores sociales de Australia y Nueva Zelanda respectivamente. Se popularizó en los años 90 en los Estados Unidos. Su modelo, que pretende reaccionar al modernismo —cuyos principios defienden que existen leyes universales y verdades que pueden ser descubiertas a través de la acción científica— a través del cambio en la idea de verdades absolutas y grandes teorías sobre la conducta humana (Kelley, 2008).

En las entrevistas previas la narración se convierte en un delicado e imprescindible momento, ya que les permite prepararse al futuro encuentro cara a cara. El propio hecho de la narración resulta positivo para la recuperación del trauma que pueda existir en la víctima<sup>19</sup>.

El proceso narrativo, de carácter constructivo, desarrolla un modelo de participación desde la equidad. En la terapia narrativa colaboramos con las personas en descubrir sus fortalezas, les ayudamos a comprender las historias acerca de las cuales organizan lo que les ha ocurrido —deconstrucción—, para seguidamente ampliarlas, cambiarlas y crear unas nuevas.

Su fundamentación teórica es amplia, ya que se basa en la metáfora narrativa, la metáfora cibernética de explicación negativa, la filosofía crítica, el pensamiento social constructivista, el feminismo, la antropología cultural, la teoría sistémica, la teoría del observador, etc.<sup>20</sup>.

Las prácticas narrativas parten de presupuestos básicos fundados en la creencia de ver la realidad como construcción social. Todas las personas construyen sentido y significados de las experiencias de sus vidas, siendo que la narrativa personal posibilita que las personas puedan dar sentido a sus vidas. Los sentidos dados a las experiencias moldean la vida y las relaciones y las personas tienden a ser bastante selectivas en torno a la importancia, sentido y significado que atribuyen a sus experiencias, mientras que otras son arrinconadas y escondidas.

Para la terapia narrativa, las personas son especialistas en sus propias vidas, poseen sus competencias, valores y recursos para ayudar a reducir la influencia de los problemas en sus vidas. Esos problemas en directa relación con los sistemas de significados de cada uno, reflejan prácticas culturales opresivas, resultando en descripciones de sus identidades saturadas de problemas, trayendo dificultades para los sujetos en percibirse como agentes activos, construyendo sentido y significado para su existencia entre los seres humanos. La identidad de las personas es construida a través de conexiones sociales, pudiendo ser negociada en sus contextos o comunidades de pertenencia.

Desde la práctica de la terapia narrativa, buscamos la separación de las personas y sus cualidades y atributos, así como de los hechos que les han ocurrido. Frente al paradigma modernista y estructuralista,

---

<sup>19</sup> Nos referimos al trastorno por estrés postraumático, entendido como «la aparición de síntomas característicos que sigue a la exposición a un acontecimiento estresante y extremadamente traumático, y donde el individuo se ve envuelto en hechos que representan un peligro para su vida o cualquier amenaza para su integridad física» (American Psychiatric Association, 2002).

<sup>20</sup> También llamados nuevos paradigmas de la ciencia (Suarez, 2008).

prevalece el construccionismo donde la externalización permite a las personas considerar sus relaciones con los problemas, de ahí la importancia de no considerar la persona el problema, el problema es el problema, en nuestro caso el hecho ilícito penal.

Nuestro quehacer desde este paradigma se centra en potenciar las fortalezas de la persona, sus atributos positivos y ayudarle a transitar un camino que permita por un lado a la persona ofensora comprender las consecuencias de lo que ha ocurrido, contribuir a una mayor responsabilización, explicarse, explicar a la víctima lo que ella misma necesite<sup>21</sup>. Y por otro lado, a la víctima satisfacer sus necesidades de comprensión, reparación, expresión de sentimientos, potenciación del propio protagonismo<sup>22</sup> y seguridad, entre otras.

El modelo humanista, íntimamente conectado con el llamado paradigma de la curación, es un modelo muy útil para nuestra tarea, pues se aleja de modelos de resolución de conflictos, que buscan la construcción de un acuerdo y fomentan un proceso directivo (Umbreit, 2001).

El paradigma de la curación se caracteriza por los siguientes elementos<sup>23</sup>:

1. Cuidado y aceptación no juiciosa de la humanidad de la persona.
2. Establecimiento de una relación y conexión emocional.
3. Ayudar a las personas a escuchar su innata sabiduría, sus preferencias para la paz.
4. Generar confianza, desde la premisa del apoyo que ayuda a hacer.
5. Conectar con el deseo universal de bienestar.
6. Hablar desde el corazón.
7. Pensar en las heridas de las personas, más que en sus posturas de defensa.
8. Ser real y congruente.
9. Crear un espacio seguro —no amenazante— para el diálogo.
10. Crear un espacio para el encuentro sagrado, digno de respeto.
11. Reconocer que la sola presencia de la curación no lo arregla todo.

---

<sup>21</sup> «A través de la mediación el infractor podrá satisfacer su necesidad de explicar (y explicarse, que no justificarse) lo que ha ocurrido, por qué y desde ahí transformar su propia vida, contando por supuesto con ayudas externas (sociales, psicológicas y laborales). Véase más en Sánchez Alvarez, 2005.

<sup>22</sup> Así llamado con el anglicismo *empowerment*.

<sup>23</sup> A partir de la idea de Umbreit, 2001:8.

12. Comprender que la presencia de la curación reconoce la fractura emocional y permite compartir el camino.

Podríamos entender gráficamente el proceso restaurativo de carácter humanista de la siguiente manera:



## 2. Diez implicaciones prácticas del modelo de mediación humanista<sup>24</sup>

- a) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 1: ACCIÓN CONTINUA CENTRADA DE LA PERSONA MEDIADORA, DESPEJANDO LA MENTE DE DESORDEN Y CONCENTRÁNDOSE EN LA TAREA. IMPORTANCIA DE CENTRARSE EN LA TAREA DE ESTABLECER LA PAZ

Las personas usuarias de un programa de justicia restaurativa deben comprender que serán escuchadas desde el primer momento de forma cercana, directa, sin interrupciones y atendiendo especialmente a las necesidades afectivas. Resulta de gran utilidad realizar unos bre-

<sup>24</sup> A partir de la idea de Umbreit (2001).

ves segundos de silencio interior antes de cada sesión, ya vaya a ser individual o conjunta. Esta concentración es percibida por las personas atendidas como un elemento de seguridad emocional y denota la construcción de un espacio genuino de escucha.

Es recomendable que la sala de mediación o de entrevistas individuales sea diáfana, ordenada, con pocos elementos decorativos, luz natural y donde viva la intimidad. La construcción de paz nace desde el contacto genuino con la persona mediadora.

b) **IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 2: REPLANTEAMIENTO DEL ROL DE LA PERSONA MEDIADORA. DE CONDUCIR UN PROCESO DIRIGIDO AL ACUERDO A FACILITAR UN PROCESO DE DIÁLOGO Y AYUDA MUTUA**

- Nuestra actividad no se dirige a alcanzar un acuerdo, sino a permitir que las partes se comuniquen de forma directa, permitiendo la escucha, para lo cual es imprescindible una serie de normas.
- La persona mediadora es co-dueña del proceso de mediación, da y quita la palabra y genera un proceso de comunicación eficaz.
- La comunicación entre las personas participantes les permite experimentarse unas a otras como seres humanos.
- Nuestro rol permite que comprendan y respeten sus diferencias.
- Cuando las personas participantes son capaces de comunicarse cara a cara —momentos ya muy avanzados— nuestro rol va diluyéndose o incluso puede quedarse al margen.

c) **IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 3: SESIONES DE PRE-MEDIACIÓN CON CADA PARTE PARA ESCUCHAR LA HISTORIA DE CADA UNA DE LAS MISMAS, OFRECER INFORMACIÓN, OBTENER LA PARTICIPACIÓN VOLUNTARIA, EVALUAR EL CASO, ACLARAR LAS EXPECTATIVAS Y PREPARAR A LAS PERSONAS PARA LA MEDIACIÓN**

- Las personas participantes requieren de un proceso que les permita ir generando confianza y seguridad. Esto debe hacerse de forma separada.
- Resulta muy útil permitir a las personas que se sientan acompañadas por personas cercanas.
- La recolección de información, la comprensión de las emociones y la búsqueda de la satisfacción de necesidades vinculadas a los hechos serán el eje de las entrevistas previas.
- Resulta muy importante explicar en qué consiste la mediación y qué pueden esperar de ella, abordando las falsas expectativas existentes.





Foto: Servicio de Mediación Penal de Barakaldo.

d) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 4: CONECTAR CON LAS PERSONAS PARTICIPANTES A TRAVÉS DE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA RELACIÓN POSITIVA Y DE CONFIANZA (INICIO EN EL MOVIMIENTO DE PRE-MEDIACIÓN)

- Debemos dejar los tecnicismos de lado, hay que hacerse comprender desde el primer momento, utilizando un lenguaje claro, cercano y en la medida de lo posible «desjudicializado».
- La cercanía emocional resulta vital para la tarea mediadora, lo cual no significa perder la imparcialidad sino establecer una conexión humana con la persona que estamos atendiendo.
- La expresión empática, el calor humano y la autenticidad requieren constancia.
- La conexión emocional con otras personas requiere una tarea personal de la persona mediadora que le permita mirarse hacia dentro<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Este trabajo supone la respuesta a cuatro cuestiones. Primera, ¿Cómo me siento conmigo mismo? (autoestima), segunda ¿cómo obtengo mi significado a través de los demás? (comunicación), tercero ¿cómo trato mis sentimientos? (reglas) siendo dueño de los mismos o poniéndolos en otra persona; ¿actúo como si tuviera sentimientos que realmente no tengo o como si no tuviera sentimientos que realmente tengo? Cuarto, ¿cómo reacciono a realizar cosas que son nuevas y diferentes para mí? (asunción de riesgos) (Satir 1976).

e) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 5: IDENTIFICAR Y APROVECHAR LAS FORTALEZAS DE LAS PERSONAS PARTICIPANTES (INICIO EN EL MOVIMIENTO DE PRE-MEDIACIÓN)

Es habitual que las personas que de una manera u otra están inmersas en hechos de índole penal se vean afectadas en sus capacidades comunicativas. La expresión desafortunada de la ira o la amargura, además de la incapacidad para escuchar a la otra persona, ya sea víctima u ofensora, o incluso la dificultad para comunicar de forma eficaz sus necesidades, puede ocultar las fortalezas propias de cada persona.

La tarea mediadora se debe centrar en este sentido en la generación de opciones comunicativas que permitan comprender las fortalezas individuales, ello además va a contribuir a que las personas sean más eficaces comunicativamente en los diálogos cara a cara.

Es importante descubrir en las personas entrevistadas las fortalezas de expresión oral, las capacidades de control emocional sobre la ira y la rabia, las capacidades de expresión de sus intereses y necesidades.

f) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 6: ENTRENAR A LAS PERSONAS PARTICIPANTES EN COMUNICACIÓN, SI FUERA NECESARIO (INICIO EN EL MOVIMIENTO DE PRE-MEDIACIÓN)

El entrenamiento en comunicación un proceso que nos permite ayudar a la personas con dificultades para la comunicación a que potencien sus propias fortalezas. Ayudamos a descubrir sus propios recursos (valores, cualidades y habilidades) que le permitan alcanzar mejor estilo comunicativo.

Se pueden trabajar elementos concretos como el contacto visual, la proximidad a la otra persona, la postura, la actitud corporal y los movimientos, la expresión facial, los gestos, la respiración, el tono y el volumen de la voz y las palabras que se usarán.

Para trabajar la comunicación agresiva, además, será útil ensayar la comunicación en primera persona, utilizando los mensajes Yo, que permiten transmitir al otro las necesidades e intereses de una forma asertiva.

Veamos un ejemplo: CASO, LOS TAXISTAS<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Este caso nos permite comprender que una pequeña tarea de entrenamiento y *coaching* comunicativo a las personas participantes ayuda a desatascar el proceso y permitir movimientos y avance.

Asunto: 2 faltas de lesiones, Falta de injurias, Falta de amenazas.  
Momento procesal: Instrucción.  
Existencia de mediación: Sí.  
Resultado de la mediación: Acuerdo.

Daniel y Luis son dos taxistas que comparten parada en la misma plaza en el turno de noche. Trabajan y viven en la misma localidad, una población de 50.000 habitantes. Daniel y Luis se enzarzan violentamente en la parada de taxis tras una discusión sobre quién tenía que estar primero en la parada. Durante la pelea se utiliza una porra. Los insultos y empujones llevan a los dos al hospital con escasos daños corporales. El Juzgado tipifica los hechos como dos faltas de lesiones, una de injurias y otra de amenazas. Las denuncias son cruzadas. El caso está en fase de instrucción y la mediación ha sido propuesta desde la sala de vistas.

Tras las sesiones individuales (pre-mediación) los protagonistas muestran su voluntad por encontrarse y arreglarlo pacíficamente.

Durante la sesión, Daniel toma la palabra, durante unos diez minutos, explica cómo fueron los hechos para él, llega a expresar emociones y constata que fue una tonta pelea donde rencores y envidias anteriores se juntaron y sirvieron de chispa. Luis toma la palabra, comienza su relato e inmediatamente es interrumpido agresivamente por Daniel que le grita, «no voy a aguantar otra puta mentira», «este señor está mintiendo y yo me voy». Seguidamente Daniel abandona la sala de mediación. Luis se queda boquiabierto y tras un cierre con el mediador se marcha convencido de que dijo la verdad y será el juez quien decida.

Treinta minutos más tarde, se recibe llamada desde el control de acceso al edificio para informar que Daniel quiere hablar con el mediador. El policía —tras consulta, dado que el horario ya no es de acceso al público—, permite la entrada a Daniel que se encuentra con el mediador en los pasillos de los Juzgados. Daniel pide disculpas al mediador, expresa su impotencia por no haber podido controlar sus nervios y tras su propia reflexión pide ayuda. Se le ofrece una breve sesión de entrenamiento en comunicación, con el objetivo de potenciar sus habilidades comunicativas en este conflicto y persona concreta. En la sesión se trabajan y entrenan las capacidades de verbalizar, entender y superar estados de ira que impiden la comunicación eficaz.

Tras una sesión de hora y media, Daniel pide continuar la mediación. Se comunica con Luis y accede a que la mediación vuelva a hacerse.

La mediación continúa en el lugar donde se interrumpió, el turno de palabra es de Luis. En esta ocasión, Daniel se muestra más tran-

quilo y sosegado, además, la versión de Luis cambia sustancialmente por propia decisión. Tras ello Daniel toma la palabra, igualmente pausado y tranquilo, siendo capaz de comunicarse con gran eficacia. Su tono dialogante y cercano contribuye a un apretón de manos como acuerdo, además de cada uno responsabilizarse económicamente de los daños que habían ocasionado al otro.

Seis meses más tarde en fase de seguimiento se constata lo importante que fue el proceso para los dos en el sentido de normalizar y tranquilizar su relación, percibiendo que el proceso les ayudó a comprenderse mutuamente, lo cual ha contribuido a una convivencia más tranquila cada vez que coinciden en la parada del taxi.

#### g) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 7: ESTILO DE MEDIACIÓN FACILITADOR Y NO DIRECTIVO

Los procesos de mediación que están dirigidos al acuerdo, más habituales en la mediación civil y vinculados al paradigma de la Escuela tradicional-lineal de la Universidad de Harvard, han promulgado un proceso que transita de las posiciones contrapuestas e innegociables a los intereses negociables.

Durante un proceso de mediación humanista ponemos énfasis en el diálogo, la ayuda y la expresión mutua de sentimientos e información acerca del conflicto con muy pequeñas interrupciones de la persona mediadora.

- El estilo no directivo se enfrenta a la demanda implícita de los juzgados que desean más mediaciones, más rápidas y con su respectivo acuerdo.
- El estilo de facilitación igualmente está reñido con personas mediadoras con poca formación pues estas tienden a llevar el proceso de forma más lineal y dirigida al acuerdo.<sup>27</sup>
- La formación continua es un requisito imprescindible para una práctica de calidad, a la que debe unirse una supervisión y evaluación externa de carácter periódico.
- El estilo de facilitación que se propone no debe confundirse con una acción pasiva, donde la persona mediadora desarrolla una pequeña dirección, liderazgo o asistencia. El control del proceso, involucrándose de manera no verbal es una constante.

<sup>27</sup> De hecho las observaciones demuestran que los mediadores menos formados son los más directivos, mientras que los más formados se posicionan a un paradigma no directivo (Faget 2008, 77-83).

h) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 8: ENCUENTRO DIALOGADO CARA A CARA ENTRE LA VÍCTIMA Y LA PERSONA OFENSORA (SALVO CUANDO SEA INAPROPIADO POR DIVERSAS RAZONES)

Los acuerdos construidos cara a cara durante un proceso restaurativo son más intensos e incluso pueden ser más satisfactorios para las partes. El contacto visual, la comunicación verbal y el diálogo son elementos que humanizan la interacción.

Las mesas ovaladas o circulares añaden elementos facilitadores del encuentro, ya que las partes pueden sentarse sin que se originen posturas comunicacionales frente a frente. La persona mediadora con su propia presencia genera una atmósfera tranquila, segura y amable que permite percibir el encuentro —aun cuando sea duro— como algo muy distinto de un combate o lucha.

La expresión de sentimientos de forma directa suele suponer un gran alivio para las personas participantes. La tarea mediadora debe centrarse en ello.

i) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 9: RECONOCIMIENTO Y USO DEL PODER DEL SILENCIO

El silencio en una partitura de música es un elemento que se integra de manera cuasi perfecta en el transcurso de una obra. Cualquier pieza musical instrumentada de forma conjunta conlleva espacios de silencio, donde el músico debe acompañar lo que ocurre. Es así como debe entenderse el silencio, tanto en las sesiones individuales como conjuntas. Los procesos globalizados a los que caminamos causan en nosotros una ansiedad generalizada en la búsqueda de resultados inmediatos. Debemos vivir ese silencio como motor de cambio.

El ruido es como la suciedad y el polvo. Cuando estamos en silencio nos hacemos presentes, nos permitimos conectar con una parte nuestra profunda donde reside la intuición.

El silencio en los procesos restaurativos no es ausencia de ruido, sino exaltación del ser, se trata de que las personas participantes tengan la oportunidad de conectarse con sus emociones y el contexto de acogida cercana permita la expresión. Durante el silencio la persona mediadora asiste a la narración como espectadora y a su vez garantiza un espacio que quien habla percibe como libre.<sup>28</sup>

La persona facilitadora del proceso restaurativo que conoce el potencial humano del silencio, previamente a la entrevista o al encuentro, despeja su mente de desorden, realiza ejercicios y visualizaciones para la relajación y se concentra en la tarea de (re)establecer la paz.

---

<sup>28</sup> Diccionario breve de justicia restaurativa: una invitación interdisciplinar e introductoria a sus conceptos clave (Igartua, Varona, & Olalde, 2012).

j) IMPLICACIÓN PRÁCTICA N.º 10: REALIZACIÓN DE SESIONES DE SEGUIMIENTO DENTRO DEL PROPIO PROCESO DE MEDIACIÓN

- Dada la complejidad de la naturaleza de los conflictos y que la conducta humana en ocasiones no es posible que el asunto sea trabajado en una única sesión, particularmente si entre las partes existe una importante relación (familiares, parejas, trabajadores). Esto puede chocar con los intereses del Juzgado, cuyos tiempos siempre son más cortos.<sup>29</sup> En este sentido, hablamos de una mediación que se prolonga en el tiempo porque las partes van haciendo un seguimiento de los acuerdos que han querido tomar.
- Otro seguimiento diferente es aquel que realiza el equipo de mediación bien para comprobar los avances en la puesta en marcha de acuerdos que conllevan plan de reparación, bien para permitir a las partes que puedan expresar su opinión y evaluación hacia el programa<sup>30</sup>.

#### IV. Nuevos horizontes: justicia restaurativa en victimización terrorista

Este capítulo pretende acercar un importante hito en la historia reciente de la justicia restaurativa en España, nos referimos a los encuentros restaurativos realizados por ex miembros de la organización terrorista ETA y víctimas directas o indirectas de los mismos, realizados durante los años 2011 y 2012<sup>31</sup>; un nuevo camino de intervención

<sup>29</sup> Será importante que el equipo de mediación valore la posibilidad de hacer un cierre más formal de cara al Juzgado y pueda continuar con menos presión abordando temas que requieren de mayor trabajo y prolongación en el tiempo.

<sup>30</sup> En la fase de seguimiento podemos encontrarnos con situaciones de incumplimiento que pueden tener difícil comprensión por parte de los operadores jurídicos y hasta complicaciones jurídico-penales, y quizás obligarían a considerar el caso como reincidente y pudiera poner en tela de juicio su eficacia. El tema conlleva una importante polémica, de hecho Faget habla de la ingenuidad en pensar sobre la eficacia; ningún investigador ha sido capaz de demostrar la eficacia de la prisión en la prevención de la reincidencia, sin embargo, la pena privativa de libertad ha sido adoptada universalmente como sanción. Es poco probable que sea suficiente demostrar la eficacia de un experimento como la justicia restaurativa para obtener el apoyo de políticos y responsables de la toma de decisiones judiciales o incluso del público (Faget, 2008).

<sup>31</sup> A efectos de comprensión, utilizamos la definición de terrorismo propuesta por la «Decisión Marco del Consejo de Europa de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, que afirma textualmente: «se consideran delitos de terrorismo actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos

abierto gracias a la ilusión, implicación, dedicación, discreción, profesionalidad y cautela de numerosas personas. Entre ellas, en primer lugar las víctimas del terrorismo y las personas presas ex miembros de ETA. Y además de ellas, responsables políticos gubernamentales, personas pertenecientes a instituciones judiciales, penitenciarias, académicas, o profesionales de la abogacía, de la psicología y del trabajo social.

Los encuentros restaurativos realizados bajo el amparo de la Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco, han sido facilitados por un equipo de personas del cual he formado parte, siendo coordinados por la mediadora Esther Pascual Rodríguez.

Los encuentros restaurativos constituyen un proceso de comunicación entre las personas condenadas por un delito vinculado a una actividad terrorista y quien lo ha sufrido (en nuestro caso, asesinatos y secuestro); descansa sobre la responsabilidad y la autonomía de cada uno de los participantes. Tiene como instrumentos principales el diálogo (la palabra, la escucha), así como las actitudes necesarias para su eficacia: la empatía, el respeto; y podrá aparecer, quizás, la compasión y la humanidad.

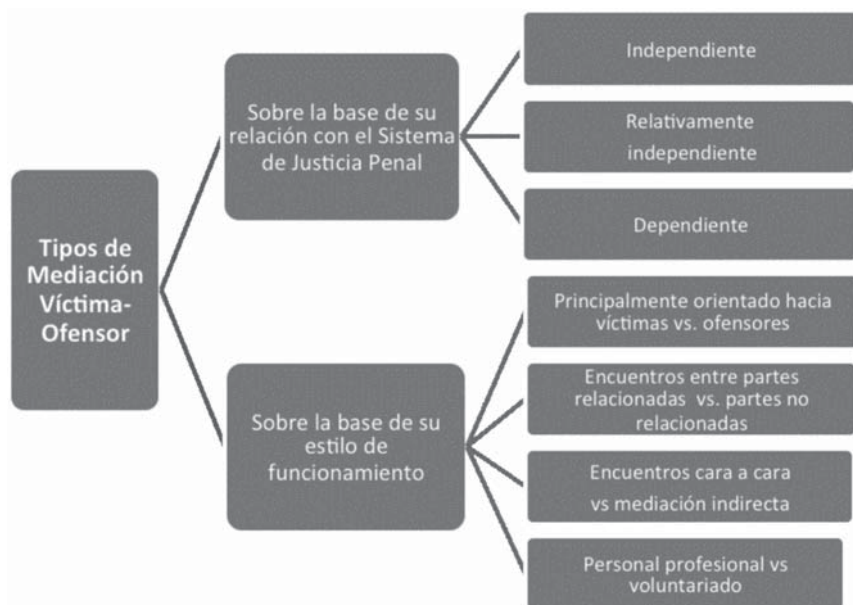
Es necesario el cese definitivo e incondicional de la violencia interpersonal ejercida, garantizando a la víctima que no se volverá a repetir,

---

Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de: intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)». Es igualmente pertinente la referencia al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 16 de mayo de 2005 [Convenio núm. 196 del Consejo de Europa], ratificado por España el 27 de Febrero de 2009, y en cuyo primer artículo, a efectos de los objetivos del propio convenio, se define el término «ofensa terrorista».

que la justicia penal continuará haciendo su trabajo, que se buscarán todas las verdades respecto de la violencia sufrida y que, en todo caso, además de ser un itinerario restaurativo individualizado y personalizado, habrá de ser un proceso sincero y absolutamente honesto, sin finalidades latentes diferentes.

Los encuentros se desarrollan en el nivel micro de los procesos restaurativos, en la dimensión interpersonal de lo ocurrido. Se sitúan en procesos que sobre la base de su relación con el sistema de justicia penal, son relativamente independientes, y sobre la base de su estilo de funcionamiento realizan encuentros cara a cara entre partes relacionadas y entre partes no relacionadas, con personal profesional. Véase la siguiente figura:



Fuente: Gavrielides, 2007.

Los encuentros han seguido las recomendaciones sobre los requisitos a tener en cuenta para que el programa sea fiel a los propósitos y objetivos de la propia justicia restaurativa, realizadas por el Manual de justicia restaurativa de la ONU (United Nations, 2006:70):



1. *Consideración y centralidad de la participación de las víctimas.* La OAVT es la encargada de seleccionar, consultar, explicar y acompañar a las víctimas en su decisión de participar libremente en los encuentros.
2. *Preparación y seguridad de todos los participantes.* Todos los encuentros han tenido al menos dos entrevistas de preparación y numerosos contactos telefónicos de acompañamiento a las víctimas.
3. *Facilitación del diálogo entre las personas involucradas.* Las personas facilitadoras asisten y acompañan con su presencia a un acto comunicacional absolutamente privado, donde incluso las personas protagonistas pueden reclamar la ausencia de los mismos. No existen agendas previas, ni objetivos, se entiende y defiende un diálogo honesto, sincero y dirigido exclusivamente al reconocimiento humano mutuo.
4. *Reintegración junto con responsabilidad.* Las personas penadas han asumido individualmente su responsabilidad en los hechos. Este hecho ha supuesto un proceso individual de reflexión que ha conllevado a quienes han participado en los encuentros a significarse en gestos de reparación a las víctimas.
5. *Disposición de medios adecuados para reparar y reintegrar.* Las reparaciones civiles no han sido abordadas durante los encuentros, ya que el carácter de la reparación es más simbólico y moral.
6. *Consideración de las presiones sistémicas hacia la delincuencia.* Las personas penadas tienen la oportunidad en las entrevistas preliminares de reflexionar sobre su decisión individual, sobre su abandono de la disciplina de la organización y del propio grupo más cercano, sobre los riesgos y beneficios de dicha decisión, de tal manera que exista una voluntad decidida por el reconocimiento de daño causado.

## 1. *El contexto histórico*<sup>32</sup>

El cese de la actividad armada de la Organización ETA militar<sup>33</sup>, anunciado en octubre de 2011, supone el principio del fin del último —anacrónico, absurdo e incomprensible— reducto terrorista de violencia política en Euskadi, anuncia la esperanza de un tiempo de libertad y

---

<sup>32</sup> A partir de reflexiones de los profesores de Derecho Penal, Xabier Etxebarria Zarrabeitia y Julián Carlos Ríos Martín.

<sup>33</sup> Argumento sólido señalado por Varona, 2008a para comenzar con procesos de justicia restaurativa, evitando así que la participación de víctimas y victimarios no supusiera un riesgo ante posibles amenazas y coacciones de ETA.

respeto al pluralismo en este territorio por primera vez después de decenas de años (Ríos Martín & Etxebarria, 2012).

La represión franquista, las violencias terroristas, el terrorismo de Estado, la violencia de los aparatos estatales, los grupos de extrema derecha, ETA-pm, ETA-m han impedido la libertad y el pluralismo, creando innumerables víctimas personales a las que cosificaron en su injusta lucha por imponer un modelo de sociedad que negaba la libertad, la dignidad humana y el pluralismo social y político.

Los treinta años transcurridos desde el fin de ETA-pm o los veinticinco años desde el final de los GAL son un elemento clave para evitar caer en un *totum revolutum* igualador y desresponsabilizador: lo que en este capítulo nos ocupa es sobre todo el terrorismo de ETA-m. En todo caso, las victimizaciones injustas se suman, no se compensan.

El buen cierre de este periodo histórico resulta a la vez de complicado, importantísimo. Es habitual recordar cómo años atrás se han cerrado mal injustas vulneraciones de derechos humanos —como las amnistías incondicionadas, sin verdad, ni justicia, ni memoria—; se han cerrado en falso para las víctimas. No podemos permitirnos hacer lo mismo con el fin de ETA-m. En esta ocasión no hay lugar para un desmemoriado pase de página.

La consolidación del fin de ETA militar constituye un presupuesto indispensable para la apertura de vías a la justicia restaurativa. Pero no será suficiente, la sociedad vasca tendrá que contribuir a construir un relato donde la(s) memoria(s) de las personas victimizadas se oiga clara y rotundamente, y donde el valor de justicia prevalezca.

La justicia restaurativa en casos de terrorismo contribuye a ampliar la respuesta social al delito. No basta con que cumplan sus penas, íntegramente o no, en prisión o fuera. La justicia de los tribunales tiene capacidades limitadas para hacer una justicia más profunda, la que comprende la revelación de las verdades y las memorias. La Justicia retributiva, la que se basa en la neutralización y el olvido de la víctima, no puede ofrecer lo que corresponde a la justicia restaurativa, la que comprende la satisfacción a las víctimas y la recuperación del infractor. Quizás en un futuro, cuando se produzca en la sociedad vasca el cambio ético, en la exigencia de justicia de las asociaciones de víctimas se incluirá la mirada restaurativa como un modelo de justicia más profundo y duradero.

De hecho, en todos los casos nuestra intervención ha comenzado cuando ya existía una declaración judicial formal (una sentencia penal), una categorización de cada partícipe (asesino-secuestrador y víctima) y una condena a pena de prisión que se esté cumpliendo o ha sido cumplida en una gran parte. En este nivel en que nos situamos, el desarro-

llo de esta experiencia se ve despojado de etiquetas: se trata de personas que tratan de restañar sus heridas, restablecer su humanidad y de su mano las relaciones; las únicas categorías que concurren son la de quien reconoce el daño causado y la de quien reconoce sentirse destruido o anulado por la acción pasada del otro.

Esta intervención es independiente de lo acontecido o por acontecer en el plano judicial y en el político. El objetivo final es que las personas, unas y otras, sean capaces de no quedar lastradas por el pasado, sanen sus heridas y se abran al futuro como un tiempo en el que «lo mejor está siempre por venir».<sup>34</sup>

## 2. *El contexto institucional*

La experiencia de los encuentros restaurativos entre víctimas y personas condenadas por delitos de terrorismo nació a principios del año 2011 en el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca (Araba/Álava). Con el amparo del Ministerio de Interior del Gobierno de España y de la Oficina de Atención a Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco (OAVT), se puso en marcha un programa de encuentros entre ex miembros de ETA y víctimas directas o indirectas de delitos de terrorismo.

En el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca fueron agrupados bajo criterios de Instituciones Penitenciarias personas presas que públicamente habían mostrado su rechazo a la violencia armada, su disociación de la banda armada, mostraban su arrepentimiento por el daño causado y su voluntad de contribuir a la reparación del mismo. La Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco recibe la demanda de este grupo de presos autodenominado «Grupo de Presos Comprometidos con el Irreversible Proceso de Paz». Tras esta petición de contribuir a la reparación a las víctimas, la propia Dirección toma la iniciativa de contacto con ellas.

Txema Urquijo, asesor de la Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco lo explicaba así en los micrófonos de la radio Cadena Ser:

«Hemos sido nosotros desde la oficina quienes hemos acudido a un número determinado de víctimas, a las que se les ha hecho el planteamiento, les hemos transmitido la voluntad de algunos presos internos en Nanclares, se les ha explicado por parte de los me-

---

<sup>34</sup> Palabras de Irene Villa, víctima de ETA que tuvo que sufrir la amputación de ambas piernas (Verbo, 2012).

diadores que están interviniendo cómo era el procedimiento, la metodología y los objetivos de trabajo, y eran ellas, las que después de pensarlo tomaban la decisión voluntaria y libre de participar en los encuentros» (Cadena Ser, 2012).

Los encuentros han sido promovidos por presos que habiendo declarado su rechazo a la violencia armada, desean hacer algo más que la propia declaración de arrepentimiento y rechazo, buscando gestos que contribuyan a reducir el sufrimiento de las víctimas y responder a las preguntas de las mismas.

Durante el último trimestre del mismo año 2011, se celebraron una serie de charlas y seminarios con formato de Taller, dirigido por el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, Xabier Etxebarria Zarrabeitia.

Los talleres tuvieron como protagonistas a víctimas del terrorismo, profesores, intelectuales, periodistas y miembros de organizaciones pacifistas.

En el taller dedicado a la justicia restaurativa tuve el honor de acudir en calidad de facilitador, con el objetivo de sensibilizar y profundizar en el nivel micro de justicia restaurativa, es decir, la dimensión interpersonal de lo ocurrido, la reparación moral a las víctimas y la postura empática hacia el dolor ocasionado.

Dicho taller contribuyó a la reflexión personal y grupal sobre las deudas morales contraídas hacia las víctimas, y las obligaciones de reparación que se mantienen en el tiempo a los familiares de las mismas.

Las personas presas que participaron en la charla de Justicia Restaurativa llegaron a verbalizar que «no hay justificación alguna para el daño que hemos cometido», «estamos individualmente obligados a contribuir a reducir el dolor que hemos causado en esas víctimas» o «me gustaría decirle a la viuda de la persona que matamos que realmente lo siento». Estas y otras expresiones verbales denotan que estas personas presas han comenzado un proceso de responsabilización hacia el daño cometido, lo cual permite comenzar un proceso restaurativo.

Durante el taller tuve la oportunidad de conversar con dichos ex miembros de la organización terrorista, con la colaboración inestimable de profesionales de la propia prisión que acompañan con profunda convicción los procesos personales de este grupo de reclusos. El encuentro contribuyó a la reflexión personal y grupal sobre las consecuencias de los actos terroristas así como también se pudieron escuchar re-

latos de algún interno que había sido, a su vez, víctima del GAL, grupo terrorista vinculado a violencia de las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Durante todo el año 2011 y parte del 2012, se han llegado a desarrollar hasta once encuentros que fueron apoyados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la Dirección de Atención a Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco.

Xabier Etxebarria, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto y promotor de los encuentros restaurativos afirmaba:

Las víctimas piden que se reconozca que el daño causado ha sido injusto e inútil. Los encuentros, once hasta el momento, han sido igualmente satisfactorios para todos los participantes. (EITB, 2012)

Iñaki García Arrizabalaga, hijo de Juan Manuel García, asesinado por los Comandos Autónomos Anticapitalistas en 1980, y participante en los encuentros, señalaba lo siguiente:

«A nivel personal yo salí satisfecho, orgulloso, no tengo sensación de haber faltado a la memoria de las víctimas y en particular a la memoria de mi padre, a mí me ha servido para ensayar la reconciliación individual entre víctima y victimario terrorista, y creo que eso fue un pequeño gesto, y como dicen, los pequeños gestos son tan poderosos que pueden ser revolucionarios, yo creo que he sembrado una semilla, y he sembrado una semilla por ejemplo para que mis hijas y mis nietos si llegan puedan crecer libres, sin esta losa, porque se lo merecen» (Cadena Ser, 2012).

El programa de encuentros, es de carácter piloto y carece de antecedentes en la historia de la justicia penal en España. La iniciativa, parte de alguna manera de las propias personas presas, que se ponen en contacto con las instituciones (de la propia prisión y del Gobierno Vasco) a las que comunican su deseo de hacer algo más por las víctimas.

«No hay una pretensión de generalizar la experiencia, porque realmente las condiciones para que se realicen este tipo de encuentros son muy particulares, muy singulares y probablemente no sean predicables ni al conjunto de presos ni al conjunto del colectivo de víctimas, pero indudablemente es una aportación nada desdeñable a lo que puede ser un proceso de reconstrucción de la convivencia, de reconstrucción de relaciones sociales en Euskadi, eso es cierto, máxime cuando después de la celebración de la segunda fase, cuando llevamos un número significativo de estas experiencias, hemos podido constatar que el balance es altamente satisfactorio (...) para las víctimas que han participado», Txema Urquijo (Cadena Ser, 2012).

Los primeros encuentros se fueron preparando en un contexto social realmente difícil pues la amenaza de ETA seguía vigente, en pocas semanas se producía un hecho importantísimo que contribuía positivamente y eliminaba riesgos importantes para las víctimas: el cese definitivo de la actividad armada de ETA en octubre de 2011. A medida que los encuentros iban realizándose, han podido evaluarse de manera directa algunos de los efectos parciales de los mismos:

«Las víctimas han descubierto que escuchar de manera directa mirando a los ojos a una persona la petición de perdón han descubierto la sinceridad, la paz y la satisfacción que les ha proporcionado esa manifestación, eso ha sido extremadamente gratificante y así lo han demostrado...» Txema Urquijo (Cadena Ser, 2012).

### 3. *El contexto humano*

Durante el año 2011 y bajo el mandato del gobierno socialista, una serie de presos y presas de la Organización Terrorista ETA fueron agrupados en la cárcel de Nanclares, tras su decisión de apartarse de la disciplina y de las dinámicas de la organización. La vía Nanclares recibe el nombre por la prisión alavesa en la que se encuentran. Estas personas presas, fueron agrupadas tras pedir por escrito perdón por sus delitos y comprometerse a pagar la responsabilidad civil a sus víctimas (Agencia EFE, 2012)<sup>35</sup>.

La asunción personal de la responsabilidad de los hechos es uno de los requisitos básicos para cualquier proceso de justicia restaurativa. Estos procesos son absolutamente personales y pueden durar varios años. En dicho proceso el preso comienza a preguntarse por la utilidad de la lucha armada, reflexiona sobre el daño causado y en muchas ocasiones comienza un largo camino de crecimiento personal<sup>36</sup>.

Por otro lado, están las víctimas del terrorismo que han participado en la iniciativa. Durante la acción armada de la Organización ETA se han cuantificado alrededor de un millar de víctimas directas, y varios millares de indirectas. Las víctimas que han participado en los encuentros han sido seleccionadas, con criterios profesionales, por parte de la

---

<sup>35</sup> Además de este grupo de personas presas agrupadas, también ha participado algún otro victimario interno en otro centro penitenciario.

<sup>36</sup> Así se nos indica en una ocasión por parte de un funcionario de Instituciones Penitenciarias que trabaja directamente con el interno. Este trabajo, de varios años, supone confrontar al recluso con las consecuencias de sus actos y profundizar en la asunción de su responsabilidad.

OAVT, atendiendo a su disponibilidad, su estado emocional y el tiempo transcurrido desde los hechos delictivos.

## V. Conclusiones

El movimiento de justicia restaurativa en el mundo está teniendo un impacto cada vez mayor sobre el sistema de justicia penal del siglo XXI. Mediante la utilización de muchos de los valores tradicionales del pasado, procedentes de diferentes culturas, tenemos la oportunidad de construir un sistema mucho más responsable, inteligible, y promover la curación de las heridas producidas por los delitos, dando un mayor sentido de comunidad a través de la participación activa de víctimas y victimarios en iniciativas y procesos de restaurativos.

Euskadi, tras la apertura en el año 2007 de su primer servicio de mediación penal conectado con los Juzgados se ha incorporado a una práctica que recoge un nuevo impulso europeo a través de la nueva Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Los beneficios y resultados más importantes en las investigaciones españolas de los últimos años han señalado lo siguiente:

«Los efectos positivos generales de la mediación penal apuntan a la mejora del servicio público de justicia penal, al incremento de la cohesión social, a la reintegración social del infractor y la mejor protección de los intereses de la víctima, al positivo efecto en el manejo pacífico de los conflictos, que mira al futuro y previene conflictos por venir. También se estima más eficaz que la justicia penal convencional como mecanismo de control social. Sin embargo se deben también mencionar sus riesgos: por un lado los peligros de una posible banalización del modelo y la eventual ampliación negativa de la red penal, en especial si su aplicación se restringe a las infracciones menores, y por otro que sirva para contribuir —si no se inserta en políticas criminales que se apoyen en la igualdad y la justicia social— a la aplicación de meras fórmulas conciliatorias que a la postre vengán a mantener y perpetuar las injusticias del sistema» (Sáez Rodríguez, 2011:189-190)<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Véase para profundizar en resultados, las investigaciones de Varona, 2008b y 2009.

La práctica de encuentros restaurativos en casos de victimización terrorista ha supuesto igualmente que sencillamente estos procesos de diálogo restaurativo también son posibles en situaciones de especial gravedad, aunque no sea generalizable a todos los casos.

Por último queremos señalar la importancia de mirar la práctica. Una vez los programas se han instaurado, las personas responsables políticas continúan con los compromisos de financiación, los operadores jurídicos se han adaptado, y los procesos restaurativos comienzan a ser parte de la propia acción de la justicia penal, es necesario reflexionar sobre el compromiso ético de los equipos de mediadores y mediadoras, sus códigos de conducta y los criterios de buenas prácticas.

Hemos aportado elementos prácticos vinculados al paradigma humanista con lentes de trabajo social, principalmente las narrativas, desde la humilde posición de sumar a otras ciencias complementarias sin las cuales los procesos restaurativos quedarían cojos<sup>38</sup>. Y seguimos en la convicción de que el camino de la justicia restaurativa en España ya no tiene vuelta atrás, y que ahora además de los retos de mejorar la práctica, debemos abrir horizontes de justicia restaurativa en victimización sexual y de violencia contra la mujer.

## VI. Bibliografía

- ABELS, P. & LEIB, S. (2004): «Trabajo social narrativo con grupos». In S. HENRY, J. EAST & C. SCHMITZ (eds.): *Trabajo social con grupos*. Madrid: Narcea.
- AGENCIA EFE (2012): *La «vía nanclares», ¿el camino hacia la convivencia en Euskadi?* Recuperado 8/22/2012, 2012, <http://www.lavanguardia.com/politica/20120426/54285845678>
- ALEXANDER, R., jr. (1997): «Juvenile delinquency and social work practice». *Policy and Practice in the Justice System*, 181.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2002): *DSM-IV-TR®. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Barcelona: Elsevier Masson.
- BALDRY, A. (1998): «Victim-offender mediation in the Italian juvenile justice system: The role of the social worker». *British Journal of Social Work*, 28(5), 729-744.
- BARBERO, J.M. (2002): *El Trabajo social en España*. Zaragoza: Mira Editores.
- BECK, E.; KROPF, N.P. & LEONARD, P.B. (2011): *Social work and restorative justice: Skills for dialogue, peacemaking, and reconciliation*. New York: Oxford University Press.
- BERGALLI, R. (2009): «Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social». En GRECS, GRUPO DE RECERCA EN EX-

<sup>38</sup> Nos referimos a las ciencias jurídicas, sociales, psicológicas y criminológicas.



- CLUSIÓ I CONTROL SOCIALS (ed.), *La humillación. Técnicas y discursos para la exclusión social* (pp. 73-99): Barcelona: Edicions Bellaterra.
- BONAFÉ-SCHMITT, J.P. (1992): *La médiation: Une justice douce*. Paris: Syros Alternatives.
- BRADT, L. (2009): *Victim-offender mediation as social work practice. A comparison between mediation for young and adult offenders in Flanders*. Thesis. Universiteit Gent (Belgium):
- BRADT, L. & BIE, M.B. (2009): «Victim-offender mediation as a social work practice». *International Social Work*, 52(2), 181-193.
- BRITTO, D.; ORDÓÑEZ, J. & DÍAZ, I. (2006): «Justicia restaurativa, una forma de transformación e integración social». In F. CANTE, & L. ORTIZ (eds.): *Umbral de reconciliación, perspectivas de acción política no violenta*. (pp. 99-138): Bogotá: Universidad del Rosario. Centro de Estudios Políticos e Internacionales. Facultades de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales.
- CADENA SER (2012): *Txema Urquijo, oficina atención víctimas del terrorismo: «El comunicado es positivo pero produce sonrojo que considere que toda la violencia es igual» | sonido | cadena SER*. Recuperado 21/06/2012, [http://www.cadenaser.com/opinion/audios/txema-urquijo-oficina-atencion-victimas-terrorismo-comunicado-positivo-produce-sonrojo-considerere-toda-violencia-igual/csrcsrpor/20111218csrcsropi\\_1/Aes/](http://www.cadenaser.com/opinion/audios/txema-urquijo-oficina-atencion-victimas-terrorismo-comunicado-positivo-produce-sonrojo-considerere-toda-violencia-igual/csrcsrpor/20111218csrcsropi_1/Aes/)
- DEKLERCK, J. (2003): *¿De una técnica de mediación a una cultura de la Vinculación? Algunas consideraciones sobre los desarrollos de la mediación en Europa*. La mediació comunitària: Municipi, comunitat y conflicte. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals.
- DI ROSA, R. (2002): *La mediazione. gestione del conflitto e (ri)costruzione sociale*. Palermo: La Zisa.
- EITB (2012): Video entrevista a Xabier Etxebarria en ETB | dispersión de presos | EITB vídeos. Recuperado 6/21/2012, , <http://www.eitb.com/es/videos/detalle/896153/video-entrevista-xabier-etxebarria-etb--dispersion-presos/>
- GALAWAY, B. (1988): «Crime victim and offender mediation as a social work strategy». *Social Service Review*, 62(4), 668-683.
- GAVRIELIDES, T. (2007): *Restorative justice theory and practice: Addressing the discrepancy*. Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control.
- GUMZ, E.J. (2004): «American social work, corrections and restorative justice: An appraisal». *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48(4), 449-460.
- GUMZ, E.J. & GRANT, C.L. (2009): «Restorative justice: A systematic review of the social work literature». *Families in Society*, 90(1), 119.
- HEDDEN, T. (2004): «The evolution and evaluation of community mediation: Limited research suggests unlimited progress». *Conflict Resolution Quarterly*, 101-133.
- HYSLOP, I. (2012): «Social work as a practice of freedom». *Journal of Social Work*, 12(4), 404-422.
- IGARTUA, I.; VARONA, G. & OLALDE, A.J. (2012): *Diccionario breve de justicia restaurativa: Una invitación interdisciplinar e introductoria a sus conceptos clave*. Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española.

- INTERNATIONAL FEDERATION OF SOCIAL WORKERS (IFSW): (2010): *Definición de trabajo social (spanish version)*: Recuperado 29/03/2010, <http://www.ifsw.org/p38000377.html>
- KELLEY, P. (2008): «Narratives». *Encyclopedia of social work* (20th ed., pp. 291-292): Washington: Nasw Press. Oxford.
- KRUK, E. (1997): En KRUK E. (ed.): *Mediation and conflict resolution in social work and the human services*. Chicago: Nelson-Hall Publishers.
- LORENZ, W. (2005): «Social work and a new social order: challenging neo-liberalism's erosion of solidarity». *Social Work & Society*, 3(1), 97-101.
- MC ELREA, F.W.M. (2007): «Restorative justice for adult offenders: Practice in New Zealand today». In G. MAXWELL, & J.H. LIU (eds.): *Restorative justice and practices in New Zealand: Towards a restorative society* (pp. 95-110): Wellington: Institute of Policy Studies, Victoria University.
- NEUMAN, E. (1997): *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires: Depalma.
- NEUMAN, E. (2005): *Mediación penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- ONU (2007): Oficina Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito. Oficina contra la droga y el delito. Nueva York: Naciones Unidas.
- PASCUAL, E. (2011): «Criterios político-criminales para una futura regulación de la justicia restaurativa en España. [Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa.]», *Cuadernos Penales José María Lidón*, 8, 191-197.
- PLAYÀ, J. (2010, 28/10/2010): «Mediador. Un complemento de la justicia. La sociedad catalana desarrolla una alternativa». *La Vanguardia*, pp. 24-25.
- PUNTES, S. (2007): *La mediación comunitaria. Ciudadanos, derechos y conflictos*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- RÍOS MARTÍN, J.C. & ETXEBARRIA, X. (2012): «El valor de la palabra: Encuentros restaurativos entre víctimas y condenados por delitos de terrorismo». *Razón y Fe: Revista Hispanoamericana de Cultura*, 265(1359), 71-80.
- RÖSSNER, D. (1999): «Mediation as a basic element of crime control: Theoretical and empirical comments». *Buffalo Criminal Law Review*, 3(1), 211-233.
- ROXIN, C. (1999): «Pena y reparación». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 52(1), 5-16.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (2011): «Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011». *Cuadernos Penales José María Lidón* (8), 127-190.
- SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B. (1997): *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos: (Del presente francés al futuro español)* (1st ed.) Vitoria-Gasteiz: Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (2005): «La mediación penal comunitaria». *Corintios XIII: Revista de Teología y Pastoral de la Caridad* (114), 315-326.
- SUARES, M. (2008): «El modelo circular-narrativo en mediación familiar». *Revista de la Asociación Proyecto Hombre*, 66.
- SYKES, G.M. & MATZA, D. (1957): «Techniques of neutralization: A theory of delinquency». *American Sociological Review*, 22(6), 664-670.

- UMBREIT, M.S. (1999): «Victim-offender mediation in Canada: The impact of an emerging social work intervention». *International Social Work*, 42(2), 215-227.
- UMBREIT, M.S. (2001): *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research* San Francisco: Jossey-Bass Inc Pub.
- UNITED NATIONS (2006): *Handbook on restorative justice programmes*. New York: United Nations Office on Drugs and Crime.
- VAN WORMER, K. (2003): «Restorative justice: A model for social work practice with families». *Families in Society*, 84(3), 441-448.
- VAN WORMER, K. (2005): «Concepts for contemporary social work: Globalization, oppression, social exclusion, human rights, etc.», *Social Work & Society*, 3(1), 1-10.
- VAN WORMER, K. (2008): In VAN WORMER, K. (ed.): *Restorative justice across the east and the west*. Taoyuan, Taiwan: Casa Verde Publishing.
- VARONA, G. (2008a): «La criminología ante la justicia restaurativa en delitos de terrorismo de ETA: para que el sueño no se convierta en pesadilla». *Comunicación presentada en el taller «restorative justice and victims of terrorism: policy implication»*. XV congreso mundial de la sociedad internacional de criminología, titulado «Criminalidad y criminología: Investigación y acción». Barcelona. Inédito.
- VARONA, G. (2008b): *Evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (julio-diciembre de 2007)*: Recuperado 23/08/12, <http://www.justizia.net>
- VARONA, G. (2009): *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. evaluación externa de su actividad (octubre de 2008-septiembre de 2009)*: Recuperado 24/06/2012, <http://www.geuz.es>
- VARONA, G.; LAMARCA, I.; HERNÁNDEZ, J.; LÓPEZ DE FORONDA, F.; PAGOLA, A. & OCA, N. (2009): *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento vasco*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- VERBO, E. (2012): *Irene villa: Siento que quiero tener un hijo*. Recuperado 27/07/2012, <http://www.vanitatis.com/noticias/2011/irene-villa-puede-saber-que-libro-20110217-12995.html>
- VIDAL FERNÁNDEZ, F. (2009): *Pan y rosas: Fundamentos de exclusión social y empoderamiento*. Cáritas Española, Editores: Fundación Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada, FOESSA.
- WRIGHT, M. (1998a): «Restorative justice: From punishment to reconciliation: the role of social workers». *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 6(3), 267-281.
- WRIGHT, M. (1998b): «Restorative justice: From punishment to reconciliation. The rol of social workers». *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 6(3), 267.
- WRIGHT, M. (2002): «The court as last resort. victim-sensitive, community-based responses to crime». *The British Journal of Criminology*, 42(3), 654.
- WRIGHT, M. (2010): «Derecho, justicia y la idoneidad para su fin: Hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia». *I Congreso Internacional sobre*

- justicia restaurativa y mediación penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas. Servicio de mediación penal de Castilla y León (Burgos):*
- YANAY, U. (2012): *Does terrorism leave space for restorative justice? the case of israel-palestine*. Recuperado 21/08/2012. [http://www.euforumrj.org/readingroom/Terrorism/Uri% 20Yanay.pdf](http://www.euforumrj.org/readingroom/Terrorism/Uri%20Yanay.pdf)
- ZEHR, H. (2002): *Little book of restorative justice*. Intercourse, Pennsylvania: Good Books.
- ZEHR, H. & MIKA, H. (1998): «Fundamental concepts of restorative justice». *Contemporary Justice Review*, 1(1), 47.
- ZINSSTAG, E.; TEUNKENS, M. & PALI, B. (2011): *Conferencing: A way forward for restorative justice in Europe*. Leuven, Belgium: European Forum for Restorative Justice.

# Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro

Josep M. Tamarit Sumalla  
Catedrático de Derecho penal  
Universitat Oberta de Catalunya

## I. El estado de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa es concebida como un conjunto de prácticas que responden a unos principios comunes, entre los que destacan las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto. En la actualidad parecen ya lejanas las tesis iniciales de carácter idealista que veían en la justicia restaurativa la oportunidad de crear un modelo de justicia alternativo a la justicia penal convencional. Asimismo se han ido superando las visiones más centradas en la preocupación por desarrollar modos más humanos y constructivos de reacción frente al perpetrador. Por otra parte, surgen voces que tienden a relativizar la idea de justicia restaurativa, a la que le aparecen competidores en el mercado de los conceptos alternativos de justicia, tales como justicia procedimental, terapéutica o comprensiva.

Por estas razones es necesario empezar estableciendo cuáles son los puntos en que actualmente existe un amplio consenso en el plano internacional respecto a lo que se espera de un programa que exprese el «espíritu restaurativo». Estos principios y exigencias son:

- a) protagonismo y «empoderamiento» de las personas involucradas en el conflicto
- b) voluntariedad
- c) centralidad de la víctima
- d) reconocimiento del papel de la comunidad
- e) apertura a nuevas prácticas restaurativas
- f) importancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso
- g) no exclusión de delitos con base en criterios apriorísticos, según la idea de que los límites los fijan las partes

- h) atención a la evaluación empírica de los programas
- i) complementariedad y autonomía en relación con el sistema de justicia penal

Otros aspectos son sin embargo más controvertidos, como:

- a) el sentido que atribuimos a las ideas de justicia, restauración y reparación
- b) el rol del facilitador, particularmente su profesionalidad
- c) la forma de articulación con el justicia penal y los efectos procesales o en la ejecución de la pena
- d) el modelo restaurativo, en el que puede primar la idea de encuentro, el resultado reparador o el ideal de transformación
- e) el papel que puede desempeñar la idea de reconciliación.

## II. Los otros procesos restaurativos

En Europa continental la práctica restaurativa más conocida es la mediación entre autor y víctima. Del mismo modo, en los Estados Unidos los primeros programas en los que se expresaba el espíritu restaurativo, surgidos en los años ochenta del siglo xx, consistían en la *Victim Offender Reconciliation*. Sin embargo, en el ámbito de los países anglosajones se han desarrollado, especialmente a partir de los años noventa, formas más complejas de justicia restaurativa, como el *conferencing* o los círculos de pacificación. Esta clase de procesos han surgido en parte como consecuencia del contacto con formas de justicia comunitaria propias de los pueblos indígenas, especialmente en Nueva Zelanda o Canadá. Otros factores que han contribuido a la extensión de estas prácticas han sido la mayor permeabilidad de la cultura jurídica anglosajona a la aceptación de fórmulas innovadoras de justicia, en el seno de un sistema legal y judicial más flexible que el propio de la tradición europea continental, o una mayor conciencia social respecto a la dimensión comunitaria.

En comparación con la mediación, algunos de estos procesos son considerados más puramente restaurativos, en la medida que incluyen a la comunidad como tercer actor en la gestión del conflicto. Así, una estructuración de los procesos basada en su contenido restaurativo permite distinguir, siguiendo a McCold / Wachtel (2003):

### 1. Prácticas plenamente restaurativas:

- Conferencing.
- Círculos de pacificación.

2. Principalmente restaurativas:
  - Mediación autor-víctima.
  - Conferencias sin víctima.
  - Comunidades terapéuticas.
  - Programas de apoyo comunitario a víctimas.
  - Comisiones de la verdad (justicia transicional).
3. Parcialmente restaurativas:
  - Victimoasistencia.
  - Compensación o indemnización del daño.
  - Tratamiento de sensibilización con víctimas.
  - Trabajo reparador en beneficio de la comunidad.
  - Programas de inserción social.

### III. Una forma compleja y completa de diálogo restaurativo: el *conferencing*

De las formas indicadas, la que mayor interés puede suscitar, teniendo en cuenta su dimensión intensamente restaurativa y la extensión que ha adquirido en la actualidad en diversos países, es el *conferencing*. La traducción del término a las lenguas románicas es difícil. Habría que acudir a expresiones como reunión o encuentro restaurativo. Aquí vamos a referirnos básicamente a la palabra original en inglés. Esta práctica se inicia en Nueva Zelanda con la *Children, Young Persons and Their Families Act* de 1989, con la finalidad de involucrar a todas las personas afectadas por el delito en la decisión sobre el modo de darle respuesta. Antes de ello, miembros de la etnia maorí habían criticado el racismo imperante en el sistema de justicia y que éste impedía que la comunidad y la familia movilizaran los recursos de resolución natural del conflicto. Se reclamaba que los menores mantuvieran el contacto con la comunidad y que el sistema de justicia «empoderara» a las familias en lugar de apartarlas del menor infractor y del proceso de decisión.

Dos años después se inicia el primer programa piloto en Australia, en el distrito Wagga Wagga por parte de los miembros del *New South Wales Police Service*. En 1993 se da respaldo legal por parte de la *Youth Offenders Act* de *South Australia*. El modelo original australiano se diferencia del neozelandés por implicar un mayor protagonismo por parte de la policía en la conducción del proceso, aunque posteriormente en Australia se ha ido imponiendo un modelo más próximo al

neozelandés, evitando la figura del facilitador policía. También se ha ido extendiendo a toda clase de delitos, no sólo a delitos leves, y la intervención de la víctima no es obligatoria.

La inclusión de la comunidad en el proceso de diálogo y decisión hace que ésta deje de ser un ente abstracto, sublimado a través de las instituciones que intervienen en el proceso judicial, y asuma un protagonismo ofreciendo apoyo a la víctima y al ofensor e implicándose en la superación del conflicto. La participación de la comunidad puede hacerse efectiva mediante la intervención de personas de organizaciones o instituciones educativas, religiosas o sociales y personas de la red social de apoyo con que cuenten el autor y la víctima.

En todo ello hay un aspecto delicado. La decisión de incluir a la comunidad obliga a enfrentarse a cuestiones de gran complejidad, como la determinación de cuáles son las personas que mejor representan a la misma, el rol que pueden desempeñar los servidores o actores del sistema de justicia como policías, jueces, fiscales o abogados o la posible fragmentación de la comunidad de referencia de los diversos protagonistas del conflicto. Un tema sensible es cómo manejar los estereotipos o valores «no democráticos» vigentes materialmente en la comunidad, como por ejemplo las concepciones machistas. En delitos de violencia o de carácter sexual existe el riesgo de que el diálogo restaurativo sirva para alimentar o perpetuar estas concepciones, que pueden resultar dañinas para la víctima, aunque al mismo tiempo constituye una oportunidad para hacerlas aflorar y manejarlas, apareciendo ahí la posible dimensión transformadora del proceso.

En lo que concierne a su dinámica, el proceso de *conferencing* puede tener diversas variantes, pero es usual reconocer la existencia de tres fases, la de preparación, la de encuentro y la de seguimiento. El momento central, el encuentro en que se produce un diálogo entre los diversos intervinientes, acostumbra a producirse en un ambiente informal, que favorezca la expresión de las emociones de los participantes y la empatía. Los encuentros pueden hacerse con la presencia o no de la víctima y de sus personas de apoyo.

#### IV. Evaluación y debate actual

En la actualidad contamos con evaluaciones de programas restaurativos, que en general aportan resultados positivos. Así, por ejemplo, en el Reino Unido el *Home Office* ha encargado diversas evaluaciones. En relación con el programa de *conferencing* del *Justice Research Consortium*, se usó un modelo experimental con selección aleatoria de dos



grupos, uno al que se aplicó el referido programa y otro fue llevado al sistema de justicia convencional. En el grupo de *conferencing*, más de un 80% de participantes, tanto víctimas como ofensores, declararon que fueron escuchados con atención, fueron tratados con respeto y percibieron que el proceso fue justo. Un 74% de agresores y un 78% de víctimas manifestaron que recomendarían el proceso a otras personas. Un 90% declaró que se había producido una disculpa y ésta fue aceptada por la víctima. Aunque una mayoría en el grupo de control también respondió de modo positivo, la percepción de la justicia del proceso fue mayor entre los participantes en el *conferencing*. Las víctimas manifestaron que el proceso les proporcionó un sentido de clausura y se sintieron satisfechas con el resultado del mismo.

Por otra parte, Sherman y Strang, tras una revisión sistemática de las evaluaciones de programas restaurativos publicadas entre 1986 y 2005, aportan una visión esperanzada de la justicia restaurativa. Los resultados son mejores, en cuanto a las víctimas, en los casos en que ésta ha sufrido un daño de carácter personal, físico o psíquico, antes que uno puramente patrimonial. En términos de reducción de la reincidencia, en cambio, los programas se muestran más exitosos en los delitos patrimoniales, así como en los delitos graves, en comparación con los menos graves. Estos resultados llevan a superar ciertos prejuicios respecto a la existencia de clases de delitos más idóneas «a priori» para la aplicación de procesos restaurativos.

La experiencia acumulada hasta el momento en los países que han avanzado más en la justicia restaurativa nos sitúa ante interesantes retos en ámbitos considerados como más «difíciles». Así, debemos tener en cuenta los programas de mediación y de *conferencing* en delitos violentos graves (incluido homicidio), violencia sexual, violencia doméstica o con víctimas menores de edad, en Estados Unidos, Canadá o Austria.

En la *British Journal of Criminology* se ha podido seguir recientemente un debate de alto interés, en que Cossins ha cuestionado los resultados positivos que Daly había reportado del programa de *conferencing* australiano en casos de violencia sexual. Cossins advierte de los riesgos que tiene el proceso restaurativo para las víctimas y señala que hay un número relevante de casos judiciales en que se produce una declaración de culpabilidad previa al juicio, de lo cual infiere que ésta sería la situación con mayores beneficios y menos riesgos para las víctimas. El objetivo que habría que plantearse en estos delitos no debería ser favorecer la derivación a procesos restaurativos sino la creación de tribunales especializados y la sumisión del ofensor a tratamiento. Daly ratifica los resultados de su investigación, según la cual los procesos restaurativos pueden ser más ventajosos para las víctimas, como demuestra la

existencia de más admisiones tempranas de hechos por parte del infractor en los casos llevados a *conferencing* que en los casos judiciales. La mejor opción estaría por ello, según esta autora, en la combinación entre un programa restaurativo y la facilitación de la admisión temprana y la sumisión a tratamiento de los infractores, evitando la hiperestigmatización social del delincuente sexual.

Una muestra de que el debate sobre la justicia restaurativa sigue vivo está en las críticas que se han producido desde diversos sectores, que han reprochado a sus partidarios una visión idealizada de las relaciones humanas o una moralización de la idea de justicia. Así, autores como Acorn, Pavlich o van Dijk han denunciado el abuso de la retórica del amor, la reconciliación o la compasión. Este último autor ha señalado que los partidarios de la justicia restaurativa parten de un concepto socialmente construido de víctima ideal, derivada del legado del cristianismo, según la cual la sociedad espera que se comporte como ser libre de miedos y deseos de venganza y siempre dispuesta a perdonar, idealización que puede ser perjudicial para las víctimas reales que no responden a la expectativa.

Las críticas han permitido reconducir los programas restaurativos hacia una orientación más realista, a tomar consciencia de los riesgos inherentes a los mismos y a mejorar su calidad, evitando que el único argumento favorable esté en la constatación de que los defectos del sistema penal son peores. Estos esfuerzos son particularmente necesarios en lo que atañe a las necesidades de las víctimas. La conducción de un proceso restaurativo debe por ello ser especialmente cuidadosa en la información a la víctima sobre su derecho a participar o no en el mismo y sobre lo que puede esperar de él, haciendo referencia tanto a las ventajas como a los inconvenientes que puede suponerle su participación. La víctima debe recibir el mensaje de que el diálogo con el infractor o la disculpa que éste pueda expresar no supone una exigencia explícita ni implícita de que ella otorgue el perdón, ni de que se produzca una reconciliación. Este mensaje es de gran importancia en los supuestos en que haya habido violencia en el ámbito de la pareja, la familia o entre personas próximas. Asimismo, deben desarrollarse métodos de evaluación que permitan calibrar con mayor profundidad el impacto del proceso restaurativo en los diversos participantes, de un modo especial en la víctima, al objeto de valorar cómo han evolucionado sus emociones y vivencias y si, más allá de la mayor o menor satisfacción respecto al modo en que se ha producido el proceso, éste ha aportado resultados positivos en el sentido de reducir el miedo, el desamparo o la ansiedad derivadas del suceso o de aportar tranquilidad y sentido de justicia o de clausura.

## V. El futuro: introducir el *conferencing*

Disponemos de datos suficientes para considerar que debemos dar una oportunidad a la justicia restaurativa, especialmente cuando constatamos las limitaciones y la frustración que genera el sistema de justicia convencional. Los países de la Europa meridional nos hemos caracterizado generalmente por una recepción tardía de las corrientes e innovaciones en el ámbito político-criminal. Los países anglosajones fueron pioneros en la implementación de sistemas de compensación a las víctimas de delitos violentos mediante fondos públicos, a partir de los años sesenta del siglo xx. Siguieron su ejemplo los países del norte y centro de Europa y España lo hizo en 1995, 12 años después del Convenio del Consejo de Europa que pedía a los Estados la creación de un fondo de reparación pública a favor de las víctimas de delitos violentos. En relación con la mediación penal, el art. 10 de la Decisión marco de 15 de marzo de 2001 obligaba a los Estados a regular la mediación en el proceso penal y, en el ámbito de la justicia penal de adultos. En lugar de cumplir con la norma, lo que hizo España fue prohibir la mediación en la LO 1/2004 de violencia de género.

Ante la pasividad del legislador, diversas administraciones autonómicas han creado programas de mediación penal de adultos o han apoyado iniciativas surgidas en el ámbito privado, por parte de entidades sin ánimo de lucro. Aunque ninguna norma impide la práctica de la mediación, con la única excepción de los supuestos de «violencia de género», la falta de un apoyo legal explícito provoca en muchos jueces y fiscales reticencias a derivar casos a mediación o a reconocer los efectos de un proceso restaurativo. Esta es una de las razones por las que el impacto de los programas es hoy en día, en términos cuantitativos, en general muy reducido. La experiencia demuestra, sin embargo, que la reforma legislativa no es el único factor a tener en cuenta, puesto que la evolución de la cultura jurídica y de las sensibilidades de los actores implicados tiene una importancia decisiva a la hora de adoptar innovaciones en materia de justicia. Los cambios de actitud pueden evolucionar de modo independiente (aunque sea relativamente) respecto a los cambios legales. También tiene gran relevancia la actuación que pueden desarrollar las instituciones, en la gestión de sus competencias y la asignación de recursos. Una buena gestión de los programas puede generar confianza en los diversos actores.

Las Administraciones deberían dar un mayor impulso a los programas restaurativos, incluyendo nuevas prácticas más allá de la mediación. La justicia de menores puede ser una vez un campo de prueba idóneo para ello, en el marco de una Ley (la LORPM de 2000) que

ofrece suficiente cobertura para la innovación. El desarrollo de proyectos de investigación-acción en colaboración con universidades es una buena vía para abrir nuevos caminos, tal como se ha hecho en otros países. No puede olvidarse, sin embargo, que una buena práctica restaurativa exige asumir aspectos clave, como la centralidad de la voluntariedad, la sensibilidad hacia las necesidades de la víctima, el respeto a las reglas del juego y los derechos de todas las partes involucradas y la gestión cuidadosa de ideas de riesgo, tales como el perdón, la reconciliación, la transformación o la curación.

La introducción del *conferencing* puede aportar importantes rendimientos en la respuesta a diversas formas de delincuencia. Una mención especial merecen los supuestos de violencia en el ámbito familiar o doméstico, en que la intervención de miembros del grupo familiar puede resultar útil en la gestión del conflicto. En los casos de violencia en la pareja, como es de sobra conocido, la Ley de violencia de género (art. 44.5 LOVG 1/2004) prohíbe en España la mediación, lo cual es una expresión más del rígido enfoque ideológico desde el que se redactó la Ley. Ésta refleja una visión muy ideologizada de la problemática de la violencia producida en el ámbito doméstico y de las relaciones de pareja, que se reduce a la que practica un hombre contra su pareja o expareja de sexo femenino y que es además interpretada como una manifestación de la dominación ejercida por los hombres contra las mujeres en el contexto de una sociedad patriarcal.

El fundamento de la prohibición estaría en que la presumida sumisión de la mujer al hombre la sitúa en una posición de debilidad en un proceso de mediación, con el riesgo de que en el seno de éste se perpetúe la relación crónica de violencia, intimidación y sometimiento. Es decir, se prohíbe algo con carácter general y absoluto por miedo a los peligros que se detectan en algunos casos. Esta disposición, como una gran parte de las de la citada Ley, sólo se explica por un divorcio entre verdad legal y verdad empírica, dado que la investigación sobre la violencia en las relaciones íntimas muestra una realidad mucho más variada y plural que la que capta y quiere hacer visible la Ley. La prohibición legal tiene que ver también con la confianza en la respuesta punitiva como único modo de mostrar que se «toma en serio» el problema de la violencia contra las mujeres, concepción en la que late el menosprecio por la mediación como forma devaluada y poco seria de justicia, válida en su caso tan sólo como respuesta a bagatelas.

En todo caso, debemos tener presente que la Ley de violencia de género prohíbe la mediación pero no prohíbe el *conferencing*. Podría pensarse que la diferencia entre ambas formas es mínima y a partir de ahí sostenerse que la aceptación del *conferencing* supondría incurrir en

un fraude de etiquetas o una suerte de fraude de ley, aunque no es así. Como se ha podido ver, aun siendo ambas prácticas restaurativas, existen diferencias sustanciales entre las mismas, que además tienen relación con el sentido de la prohibición. La experiencia del *conferencing* contiene elementos que permiten evitar o reducir los riesgos de la dinámica bilateral entre autor y víctima propia de la mediación. La posibilidad de incluir en el diálogo restaurativo a personas de apoyo del entorno de la víctima o a miembros del grupo familiar permite encontrar modos de compensar la debilidad en que pudiera encontrarse la víctima ante el agresor, o de efectuar un abordaje más profundo de una problemática familiar compleja que pueda estar detrás de que las manifestaciones de violencia de uno de sus miembros. No debe olvidarse, además, que un abordaje más amplio y profundo del problema puede ser especialmente idóneo en los supuestos en que la violencia sea bidireccional o afecte a otros miembros del grupo familiar. Asimismo, el compromiso adoptado ante un número mayor de personas puede resultar más vinculante y firme. Por todo ello, la introducción de procesos de justicia restaurativa inspiradas en el *conferencing* puede hacerse sin necesidad de esperar a una reforma legal, incluso en los casos de violencia «de género».

## VI. La necesidad de una regulación positiva

Con todo, es necesaria e inaplazable una intervención del legislador en el ámbito del Estado, que permita establecer unos criterios claros respecto a la articulación entre los procesos restaurativos y el proceso judicial penal. El Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento criminal constituyó el intento más serio de regular los efectos de la mediación en el proceso penal de adultos. Actualmente, el proyecto de reforma del Código penal, recientemente adoptado por el Gobierno español (octubre 2012), avanza algunos pasos en una línea iniciada con la aprobación del Código en 1995 y seguida mediante la LO 7/2003, al introducir elementos de reparación en los procesos de imposición y ejecución de la pena. Por primera vez se proyecta introducir la palabra «mediación», en la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

Antes de que España haya dado cumplimiento a la Decisión Marco de 2001, la Unión Europea ha adoptado una nueva norma, que eleva los estándares de protección de las víctimas. La Directiva europea de 4 de octubre de 2012 alude ya a la justicia restaurativa e incluye una regulación mucho más amplia que la norma de 2001 a la que sustituye. En

su Preámbulo (párrafo 46) nombra las diversas prácticas restaurativas y refleja una preocupación por salvaguardar los intereses de las víctimas:

«Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general».

Tanto el citado párrafo del Preámbulo como la regulación contenida en el art. 12 de la Directiva constituyen un buen ejemplo de una concepción abierta y al mismo tiempo cautelosa. El recurso a la mediación, a las «conferencias restaurativas» o a otras formas de justicia restaurativas no está sometido a ninguna prohibición ni límite, aunque la norma lanza una seria advertencia sobre los riesgos existentes en los supuestos en que haya un desequilibrio de poder, una debilidad de la víctima o una historia de violencia física, psíquica o sexual. Los riesgos deben ser evaluados caso por caso, en función de la clase de delito y las circunstancias de la víctima y su relación con el infractor.

Una reforma de la Ley procesal debería regular los efectos de los procesos de justicia reparadora en el proceso penal. La referencia a la mediación podría incluirse a título de ejemplo, dado su conocimiento mayor en la comunidad de profesionales de la justicia, pero acompañada de una expresión en la que puedan entenderse incluidas prácticas inspiradas en el *conferecing* o procesos similares.

Pero más allá de la reforma legislativa, la Directiva obliga a las administraciones con competencia en materia de justicia a garantizar que los servicios de justicia restaurativa sean seguros y competentes. Debemos entender que sólo con una garantía de calidad en los procesos de

selección y en la formación de las personas que hayan de actuar como facilitadores y una supervisión y evaluación de los programas pueden gestionarse adecuadamente los riesgos que se han señalado. Aunque la Directiva no requiere la profesionalidad, puesto que se ha querido respetar la realidad de aquellos países en que los mediadores son voluntarios (entrenados) de la comunidad, la adaptación a nuestro contexto debería hacerse mediante una adecuada profesionalización.

## VII. Bibliografía

- ACORN, A. (2004): *Compulsory compassion: a critique of restorative justice*, Vancouver.
- COSSINS, A. (2008): «Restorative justice and child offences. The theory and the practice», *British Journal of Criminology*.
- DALY, K. (2008): «Setting the record straight and a call for radical change», *British Journal of Criminology*, v. 48.
- VAN DIJK, J. (2009): «Free the victim: a critique of the western conception of victimhood», *International Review of Victimology*.
- MARSHALL, T. (1999): *Restorative justice. An overview*, Home Office, London.
- MCCOLD, P. / Watchel, T. (2003): «In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice», *Paper presented at the 13<sup>th</sup> World Congress of Criminology*.
- PAVLICH, G. (2005): *Governing Paradoxes of Restorative Justice*, London.
- SHERMAN / STRANG (2007): *Restorative justice: the evidence*, Esmée Fairbairn Foundation / The Smith Institute.
- TAMARIT (coord.) (2012): *Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, ed. Comares, Granada.

## VIII. Anexo

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE de 14 de noviembre de 2012).

### Artículo 12. *Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora*

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las

represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;
- b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
- c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
- d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
- e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.



# Cuadernos penales

## José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL  
AGINTE JUDIZIALAREN  
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA  
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO  
ETA JUSTIZIA SAILA  
DEPARTAMENTO DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



**Deusto**

Publicaciones





