

“El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia”

Nuria Belloso Martín
Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho. Universidad de Burgos
E.mail: nubello@ubu.es

Fecha de presentación: 26/03/2010 | De aceptación: 28/05/2010 | De publicación: 30/06/2010

Resumen

Llevamos varios años trabajando en el ámbito de la mediación –desde la perspectiva del trabajo académico e investigador-. Son muchas las horas que hemos compartido con mediadores y operadores y creemos firmemente en las bondades de la mediación como forma de gestionar los conflictos en muy diversos ámbitos. Desde el escolar al sanitario, pasando por el familiar, el intercultural, el laboral, el comunitario y otros. Somos conscientes de los recelos que despierta la aplicación de la mediación al ámbito penal, pero los excelentes resultados obtenidos en este contexto están consiguiendo minar el escepticismo inicial. En el trabajo que presentamos queremos poner de relieve precisamente que junto a la pena, hay otras formas y estrategias de desarrollar el control social. Nos ocuparemos del concepto y los principios mediación penal, para centrarnos después en algunas áreas susceptibles de aplicarse la mediación penal: mediación penal de menores y mediación penitenciaria. Continuaremos examinando algunas áreas controvertidas para la aplicación de la mediación penal haciendo especial referencia a los casos de violencia de género. Terminaremos exponiendo algunas críticas que se han vertido sobre la mediación penal.

Palabras clave

Justicia restaurativa, mediación penal, mediación penitenciaria, violencia de género, filosofía de la pena.

Abstract

We take several years working in the environment of the mediation-from the perspective of the academic work and investigator. They are many the hours that we have shared with mediators and operators and we believe firmly in the kindness of the mediation like form of negotiating the conflicts in very diverse environments. From the scholar to the sanitarium, going by the relative, the intercultural, the labor one, the community one and others. We are aware of the mistrust that he/she wakes up the application from the mediation to the penal environment, but the excellent results obtained in this context they are being able to mine the initial scepticism. In the work that we present we want to in fact put of relief that next to the pain, there are other forms and strategies of developing the social control. We will be in charge of the concept and the principles penal mediation, to center us later in some susceptible areas of being applied the penal mediation: penal mediation of smaller and penitentiary mediation. We will continue examining some controversial areas for the application of the penal mediation making special reference to the cases of gender violence. We will finish exposing some critics that have spilled against the penal mediation.

Keywords

Restorative justice, penal mediation, penitentiary mediation, gender violence, philosophy punitive

SUMARIO:

Introducción.-

1. Justicia Restaurativa y Mediación Penal:

1.1. Concepto; 1.2. Principios informadores de la Mediación Penal.

2. Áreas susceptibles de aplicar la mediación penal:
a) Mediación penal de menores; b) Mediación penitenciaria.

3. Áreas controvertidas para aplicar la mediación penal: 3.1. Mediación en delitos de peligro; 3.2. Mediación en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por funcionarios públicos; 3.3. Mediación en caso de que sean varios los acusados y unos quieran someterse al proceso de mediación y otros no; 3.4. Mediación para personas reincidentes; 3.5. Mediación si la víctima es menor de edad o incapaz; 3.6. Mediación que no llega a buen puerto por la injustificada oposición de la víctima; 3.7. Mediación en delitos de violencia de género

4. Algunas críticas a la mediación penal.

5. A modo de conclusión.

I. Introducción

Estamos asistiendo a un renovado interés por el conflicto social, en la medida en que las sociedades complejas han llevado aparejada la multiplicación y visualización de nuevas formas de expresión del antagonismo social. Ello se pone de manifiesto en ciertos fenómenos sociales emergentes, tales como la mayor presencia del riesgo, la ruptura de las fronteras físicas y comunicativas o en la disgregación de las relaciones sociales.

Los iusfilósofos, que tantas páginas dedicamos en nuestros trabajos a las diferencias entre el “ser” y el “deber ser”, no podemos por menos de interesarnos por una filosofía del Derecho penal, prestando especial atención a la filosofía de la pena, manifestación de una continua tensión entre “ser” y “deber ser”, un continuo esfuerzo de conciliación entre la dolorosa necesidad de castigar y la preocupación de tutelar, al castigar, el valor de la humanidad. Las medidas alternativas y los sistemas de mediación y conciliación facilitan el proceso de recuperación de las personas condenadas y permiten ofrecer algún tipo de satisfacción a las víctimas. Ahora bien, al existir infracciones que afectan gravemente los intereses individuales y colectivos, hay que asumir las cárceles como una exigencia imprescindible. Pero, no por ello hay que olvidar a las personas que sufren en prisión, siendo necesario garantizar las condiciones materiales y morales para el respeto a la dignidad humana, tanto de los privados de libertad como de los agentes penitenciarios.

El problema fundamental de la filosofía del Derecho penal es el del respeto por la dignidad de la persona humana en el ámbito del Derecho penal y en el curso del *iter* punitivo. Se puede afirmar que en el Derecho penal la atención por la persona humana debe tener una posición absoluta y central; y debe tenerla de manera no solamente retórica, sino concreta y operativa. Basta recordar la célebre frase de Beccaria: “Non vi é libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa”. Esta relación entre persona y dignidad afecta propiamente al problema de la pena, al desarrollo del *iter* punitivo, al procedimiento penal, a sus garantías y, especialmente, a una humana ejecución de la pena. Junto a la adopción del minimalismo como política de corrección del sistema, se configuran nuevas propuestas que redundan en un mejor respeto a la dignidad de los culpables: desde la utilización de la tecnología como instrumento al servicio del sistema penal (monitoramiento electrónico, vigilancia electrónica) hasta la adopción de un

sistema de penas alternativas a la prisión. Para completar este marco, la *Justicia restaurativa* y la mediación penal van extendiéndose cada vez más.

Si no se quiere o no se puede (por la dificultad objetiva) renunciar a la pena de prisión, se debería, en primer lugar, reservar ésta para los delitos de mayor gravedad, sustituyéndola, en casos más leves, por otras medidas (arrestos domiciliarios). En segundo lugar, se debe procurar que la ejecución de la pena no se realice con métodos repugnantes al sentido de la humanidad; que el sufrimiento causado por la pena se limite a la privación de goce de un derecho fundamental como es el de la libertad –que ya es suficientemente grave–, a la que no se deberían añadir otros sufrimientos. Se deberían cuidar las normas disciplinarias, hacer posible el estudio, la formación laboral, afrontar serenamente el problema sexual, evitar cualquier lesión que vulnere la dignidad humana, ya provenga de la parte de los funcionarios como de otros detenidos.

Para comenzar a hablar con propiedad de la *Justicia restaurativa* habría que remontarse al imprescindible debate filosófico en torno al fenómeno de la punición. Desde las mitologías de la pena hasta las contribuciones de la teoría social a este fenómeno, se podría realizar una panorámica multidisciplinar sobre la cuestión del castigo. La célebre frase “el que la hace, la paga” encierra en sí un sentido que va más allá de su aspecto formal: se presenta esta fórmula como la clara representación de la justicia: quien ha llevado a cabo un comportamiento que atenta contra las normas, debe de pagar –compensar, retribuir—por esa conducta. Los fundamentos legitimadores clásicos de la intervención penal se movían en ese sentido: desde las teorías absolutas del “ius puniendi” (la ‘pena justa’) a las teorías relativas del “ius puniendi” (la ‘pena útil’), junto con las teorías mixtas, las abolicionistas, el garantismo penal y tantas otras hasta llegar al minimalismo penal. Las teorías de legitimación de las penas han sido muchas y variadas a lo largo de la historia, además de controvertidas: desde la visión de Durkheim al discurso marxiano en torno al castigo, junto con las

direcciones promovidas por la Escuela de Chicago y la difusión del behaviorismo, continuando con el Panóptico de J. Bentham y desembocando en el panoptismo, prosiguiendo con Foucault y las defensas de las sociedades disciplinarias, hasta llegar a las instituciones de Goffman y tantas otras.

M. Pavarini recuerda que hay una fase decisiva para la ideología correccional de la pena – la que se impone a mediados del siglo XIX- que se construye por medio del paradigma del déficit en la interpretación de la desviación/criminalidad y que por lo tanto proyecta una imagen topológica del *homo criminalis* de signo positivista. Es peligroso quien tiene “menos”, quien tiene déficit: físicos, psíquicos, afectivos, culturales, sociales. Si se eliminan o reducen estos últimos, se eliminará o reducirá la peligrosidad social. La evidencia de la observación confirma el asunto: visitad las cárceles y encontraréis siempre y en donde sea sujetos débiles. La peligrosidad social de los criminales radica por lo tanto en su estatus y no en su naturaleza malvada. La solución no puede ser una ni única: actuar para reducir las diferencias.

La cuestión ya no es aquella pretenciosa e ingenua intención de derrotar al crimen, sino simplemente racionalizar la operatividad de los sistemas que pretenden “gestionar” la criminalidad con base en criterios de tipo estadístico y actuarial. En cierta manera estamos asistiendo a una “criminología de la vida cotidiana” –Brasil es un claro ejemplo-: el acto desviado es un riesgo habitual que puede ser calculado y en alguna medida incluso evitado (porteros en los edificios de apartamentos las 24 horas, sistema de vigilancia con cámaras, circulación en vehículo con las ventanillas cerradas, etc.). Todo ello no supone una tarea/obligación exclusiva del Estado y de los aparatos represivos tradicionales, sino una decisión realista y “obligada” para la sociedad civil. Las víctimas potenciales –es decir, todos- como sujetos a tutelar, estamos invitados a hacernos cargo de nuestra propia defensa, organizándonos y adoptando estilos diferentes de vida. De alguna manera, el Estado se desmarca progresivamente del papel monopolista en la defensa contra el

delito. A. Baratta describía esta transición en un tono lapidario, como le corresponde: “la transición que va del modelo de la *seguridad de los derechos* hacia el del *derecho a la seguridad*, convierte esta última en un bien privado”. Baste pensar en las políticas de seguridad imperantes hoy y que, prácticamente invirtiendo casi exclusivamente en estrategias de prevención situacional, acaban por habituarnos a “valernos por nosotros mismos”; es decir, sin fiarnos demasiado de los aparatos represivos y preventivos estatales, en el marco de una sociedad con un elevado riesgo de criminalidad. Y en esta misma óptica, crece también el paradigma de la compensación como apoyo de la nueva estrategia mediadora en el sector de la justicia penal.

En toda mediación –y también en la mediación penal- es imprescindible la empatía, el “ponerse en el lugar del otro” para entender sus posiciones, sus intereses. En la criminalidad se nos defiende reduciendo los riesgos de ser víctimas por un lado, y por otro, neutralizando selectivamente a los “enemigos”. Esta ideología de la neutralización selectiva y preventiva obliga a recurrir a una lectura del criminal como “el otro”, como alguien absolutamente “diferente” y frente a quien debe ser eliminado cualquier sentimiento de comprensión, además de suprimido también cualquier escrúpulo garantista de la represión. El “otro” puede ser, dependiendo del caso, el terrorista, el pedófilo, el asesino en serie, el mafioso, pero también más habitualmente, el delincuente común.

Mientras que por un lado las víctimas reclaman mayores penas para los delincuentes –cadena perpetua, endurecimiento de la ley de responsabilidad penal del menor, cumplimiento íntegro de las penas- y difícilmente se ven “compensadas” por su sufrimiento, los delincuentes siempre consideran excesivas las penas y se quejan de la vulneración de sus derechos. En la segunda mitad del siglo XX se abre un segundo periodo en relación a la fundamentación teórica de los derechos del preso, con la asunción del modelo correccional de justicia penal. Este modelo orienta teleológicamente –y por lo tanto también limita- el

poder disciplinario con la finalidad de inclusión social. La premisa punitiva del Estado se vincula, por tanto –en algunos ordenamientos incluso a nivel constitucional-, hacia la persecución de una finalidad precisa: la resocialización del condenado.

Los presos tienen necesidades y no sólo como presidiarios sino también como seres humanos quienes, por la debilidad social que revelan en y por su condición de reclusos, deben estar preferentemente asistidos por el ordenamiento jurídico y para hacer que se satisfagan sus necesidades mediante la aplicación de tales derechos. No deben ser torturados ni vejados; sus saluds físicas y psíquicas deben ser cuidadas; la atención de sus vínculos familiares y sociales apoyada; cuando trabajen de forma remunerada en las cárceles no deben de ser explotados. Para ello sirven los derechos que les reconocen los ordenamientos penitenciarios y por ello debe exigirse su cumplimiento. Pero junto con este reconocimiento de los derechos humanos de los presos- de los que nadie duda pero de difícil cumplimiento por las condiciones de hacinamiento, falta de higiene y de medios en buena parte de los centros penitenciarios, se puede intentar ir más allá, precisamente como un complemento y ayuda a esta escasez de medios en relación a que la pena por el daño producido tenga una única lectura: la cárcel.

La pregunta que surge, a estas alturas, es si resulta posible, actualmente, en plena y evidente crisis del modelo correccionalista, fundar una teoría jurídica diferente de los derechos del detenido/condenado por medio de un paradigma conflictivo de la penalidad. La *justicia restaurativa* y la mediación penal ¿pueden ser una respuesta adecuada? ¿van más allá de ser simples mecanismos de una “atenuación de la pena”?

1. Concepto y principios informadores de la Justicia Restaurativa y de la Mediación Penal

1.1. Concepto

En el ámbito español, la regulación de la mediación se ha limitado al ámbito de los conflictos de familia, básicamente. Habría que partir de entonar el *mea culpa* por no haber cumplido la Directiva Comunitaria del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 que daba de plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para dar cumplimiento a la Disposición de promulgar una Ley de mediación penal. Asimismo, también nos encontramos con la obligación de proceder a la transposición, en España, de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ya que el plazo máximo con el que se cuenta es hasta el 21 de mayo de 2011. Esta última Directiva ha propiciado que el Gobierno español haya impulsado el Anteproyecto de ley de Mediación de ámbito nacional, que articulará un marco mínimo para el ejercicio de la mediación sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales tienen su propia regulación. La mediación quedará establecida para asuntos civiles y mercantiles en conflictos nacionales o transfronterizos. Se excluyen expresamente la mediación laboral, penal y en materia de consumo. ¿Qué hacer, entonces, con la mediación penal? ¿Podemos reconocerla eficacia jurídica?

Quien se acerca por primera vez a la mediación penal, es posible que lo primero que piense es que se ha diseñado un sistema que “burla” la imposición de la pena, que “evita” ir a la cárcel o, al menos, consigue un atenuante de la tipificación penal, con la consiguiente rebaja de la pena que en su caso le correspondería si no hubiera aceptado participar en el procedimiento de mediación. Por tanto, no es extraño que la actitud inicial sea de rechazo ya que se contrapone al espíritu propio del castigo y del “*ius puniendi*” del

Estado. Sin embargo, como sustrato de la mediación penal se puede observar una transformación de la penalidad carcelaria y una especie de “resistencia” al poder punitivo. No se trata meramente de “evitar” ese poder, sino de diseñar otras formas de ejercer la punición que no sean exclusivamente las de la pena de prisión.

Entre las actuales tendencias en el Derecho penal se encuentra la de la Justicia Restaurativa, también conocida, principalmente en España, como mediación penal. La Justicia Restaurativa se ha descrito como una respuesta del siglo XXI al reto de la delincuencia dentro de una sociedad libre. “La Justicia Restaurativa se cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá”.

Prefiere la reparación del daño causado antes que su represión. Esta mediación no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan. Se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. Lo que persigue la mediación es la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos.

La Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un

mediador o facilitador. La finalidad: la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. Pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.

El *European Forum for Restorative Justice*, que celebra este año su X Aniversario, se dedica a ayudar a establecer y desarrollar la Justicia Restaurativa en toda Europa. El Foro es una organización con más de 300 miembros de toda Europa. A través de sus diversas actividades como asesoría, entrenamiento, conferencias y seminarios, publicaciones, escuelas de verano e investigaciones, el Foro es muy activo y ha contribuido sustancialmente al creciente cuerpo de conocimientos, prácticas y políticas sobre Justicia Restaurativa en los últimos años.

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

La Justicia Restaurativa empieza cuando una persona admite que ha participado en un acto delictivo dañoso. Se argumenta que en un sistema restaurativo es más probable que el acusado admita esto porque la aceptación de su responsabilidad le ofrece la oportunidad de corregir el daño y empezar de nuevo, mientras que el sistema punitivo concluye en castigo. Algunas personas no estarán interesadas en reparar el daño, pero otras sí querrán expresar su pesar y otras, al menos, preferirán la reparación del daño al castigo.

Una vez que la responsabilidad es aceptada, la Justicia Restaurativa ofrece una serie de preguntas: “ya no se trata de: ¿quién es el culpable y cómo debe ser castigado? Sino de ¿quién ha sido afectado y cómo se pueden corregir los efectos dañosos que su conducta haya podido provocar? Esto lleva a la víctima a participar del procedimiento: no como un testigo que ayuda al Fiscal a probar que el acusado es culpable pero sí como una persona que ha sufrido un daño”.

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

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

M. Wright apunta cuatro razones principales por las que la Justicia Restaurativa es diferente de la actual justicia penal, con efectos tanto para la víctima como para el infractor:

1- Hay muchos casos donde las partes se conocen y no está muy claro quién es el infractor y quién es la víctima. El sistema penal tradicional etiqueta a uno como delincuente, le pone antecedentes penales y acaba con su relación. Un proceso restaurativo ofrece la oportunidad a ambos de reflexionar en el conflicto que subyace al delito, puede ser resuelto a través de la mediación y no necesariamente el caso tiene que entrar en el sistema de justicia penal.

2- La víctima participa en el procedimiento, puede hacer preguntas y obtener respuestas que la ayudan a comprender el incidente y en qué condiciones viven algunas personas dentro de la comunidad. Además pueden discutir acerca de la forma más adecuada en que el infractor debe hacer la reparación del daño.

3- La Justicia Restaurativa reconoce que la víctima del delito no es necesariamente la única persona afectada. Por ejemplo, la familia del infractor puede sufrir ansiedad o sentir vergüenza. En algunos países se utilizan las “conferencias restaurativas” –en Nueva Zelanda fueron introducidas en 1989- y ahora el Foro Europeo de Justicia Restaurativa está estudiando su uso en Europa.

4- El infractor puede dar respuestas y explicar lo que le ha llevado a comportarse de esa manera. Muchos infractores oyen el daño que han causado, quieren disculparse y hacer algo para poner las cosas en su lugar. La participación en la mediación puede contribuir a ello.

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

- 1) La reparación o resarcimiento del daño
- 2) La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica
- 3) La resolución de problemas asociados a la

victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo

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

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

A través de la mediación se trata de:

1) Víctima:

- mantener la intervención procesal de la víctima
- facilitar la transformación del miedo e incertidumbre en confianza y seguridad vital
- reparación del daño sufrido

2) Persona acusada:

- responsabilización de la conducta infractora
- aprendizaje de actitudes de empatía
- esfuerzo de reparación con la aplicación de las consecuencias psicológicas correspondientes
- medidas alternativas que tiendan a dar solución a las causas que subyacen en la conducta infractora
- Previene la “escalada del conflicto”
- Implica un aspecto educativo –menos reincidencia
- menos estigma social –favorece la reinserción

-3) Sociedad civil:

- facilita el diálogo comunitario
- reconstruye la paz social quebrada por el delito y minimiza las consecuencias negativas
- devuelve el protagonismo a la sociedad civil
- controla el aumento de la población reclusa
- incremento de confianza en la administración de justicia penal

- protege la esfera civil: más y mejor manejo de los conflictos a nivel comunitario con la participación directa de las partes afectadas.

- Acometer reformas de las leyes procesales y penales que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal, cumpliendo con las obligaciones que nos incumben conforme a la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

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

1.2. Los principios informadores de la mediación penal son:

- Voluntariedad:

Tanto víctima como acusado deben participar voluntariamente en la mediación. No se puede obligar a ninguna de las partes. Si una de las partes se niega, no se podrá llevar a cabo la mediación.

- Gratuidad:

Las partes no deben pagar honorarios ni al mediador/es ni a los demás operadores jurídicos.

- Confidencialidad:

El juez no tendrá conocimiento del proceso salvo lo pactado en el documento final –acta de acuerdos-, y lo que las partes deseen expresar en el acto de la vista oral. Si alguna de las personas quiere desistir de la mediación realizada, hasta antes del inicio de juicio oral, ni el juez, ni el fiscal, ni abogados acusadores o defensores, pueden utilizar dato o expresión alguna recogida en el acta de acuerdos.

Es decir, las expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son

ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio oral.

De lo contrario, lo manifestado en el proceso de mediación podría ir en contra de la presunción de inocencia y además desincentivaría a las partes para acudir a la mediación, ante el riesgo de que su conclusión sin éxito se pudiera utilizar como incriminación o prueba de cargo.

- Oficialidad:

Le corresponde al juez, previo acuerdo o iniciativa del Ministerio Fiscal o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal. Esta derivación puede ser de oficio o a instancias de cualquier de las personas implicadas como partes procesales.

- Flexibilidad:

El proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. No obstante, se establecerán plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, así como obligaciones del mediador para que informe periódicamente de su evolución.

El proceso de mediación no puede paralizar excesivamente la instrucción: plazo máximo de 1 mes, ampliable a otro más a petición razonada del mediador. Además, habría que incorporar la mediación a la suspensión de los plazos para la preinscripción.

De ninguna manera la determinación del contenido reparador exigido por la víctima podrá suponer una pena que exceda de las previsiones establecidas en el Código Penal.

- Bilateralidad:

Ambas partes tienen oportunidad para expresar sus pretensiones, con las limitaciones que imponga el mediador para el buen desarrollo de la mediación.

Esto no impide que la mediación se desarrolle sin el encuentro dialogado y presencial de la víctima con el acusado, si la víctima no quiere encontrarse con el acusado.

2. Áreas susceptibles de aplicar la mediación penal

Hemos dejado constancia del escepticismo que provoca el instituto de la mediación como forma complementaria de gestionar los conflictos. Si bien se va consolidando su aceptación en el ámbito del Derecho privado (familia, vecindad), en otras áreas su aplicación sigue siendo controvertida. Este escepticismo acaba derivando en un cierto rechazo –y algunas sonrisas burlonas– cuando se trata de aplicar la mediación a conflictos de carácter penal. El exclusivo *ius puniendi* del Estado está muy presente, dejando la puerta cerrada a las composiciones de los particulares.

Seguidamente, vamos a exponer las áreas en las que existe un mayor grado de consenso para aplicar la mediación penal –como en el ámbito de menores y en el ámbito de los conflictos en sede penitenciaria–, haciendo referencia a algunas de las experiencias habidas en este campo. En el siguiente epígrafe nos referiremos a las áreas controvertidas para aplicar la mediación penal, tales como en delitos de peligro, personas reincidentes y otras, prestando especial atención al rico debate acerca de la posibilidad de utilizar la mediación en delitos de violencia de género.

a) Mediación penal de menores

El delito no significa que exclusivamente se produzca una ofensa al Estado. Se ven implicadas otras muchas personas. Las normas penales no prevén la mediación como un procedimiento a seguir a excepción de determinados supuestos o experiencias. Uno de esos supuestos lo constituye la responsabilidad de los menores, siempre y cuando se trate de actuaciones que no impliquen homicidio, asesinato, delitos contra la agresión sexual y terrorismo. Es decir, será susceptible de aplicarse la mediación en conductas tales como faltas o delitos de poca entidad, y siempre y

cuando no haya violencia o intimidación.

La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor –LORRPM– es una ley formalmente penal pero de carácter materialmente educativa. No es una ley retribucionista. Se inspira en el principio del superior interés del menor. En la citada Ley se establecen unas modificaciones que afectan a la reparación y conciliación. Esta Ley prevé dos modalidades diferentes en función del momento procesal en que se lleve a cabo el acuerdo del menor y la víctima, por lo que sus efectos jurídicos son también diferentes: así, si se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 19, en la fase de instrucción del proceso, se dará lugar al sobreseimiento de la causa, mientras que si se cumplen los presupuestos del artículo 53.1, ya en fase de ejecución de la sentencia, se posibilita la suspensión o sustitución de la medida impuesta.

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

–En este primer caso, la conciliación consumada plenamente se convierte en mecanismo no sólo de aceleración del proceso –puesto que se archiva la causa– sino también en método para poner fin al conflicto.

–Por imperativo legal, las labores de mediación corresponden al equipo Técnico de Menores –ETM– (art.19.3 LORRPM). Su labor es de naturaleza pericial al inicio y no vinculante, pues es al Ministerio Fiscal al que corresponde controlar el cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos para iniciar una conciliación y/o reparación. Aunque el juez de Menores no participa en el proceso de mediación, le corresponde una importante función de control o fiscalización, como es el de dictar el sobreseimiento del asunto, por auto motivado y a

solicitud de Ministerio Fiscal.

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

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

-El artículo 51.3 LORRPM dispone que el acuerdo de conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento que se produzca, podrá dejar sin efecto la medida impuesta. Aquí la ley se refiere sólo al “acuerdo de conciliación” por lo que parece que no es aplicable esta posibilidad a un eventual compromiso de reparación menor/perjudicado.

- El órgano competente para acordar dejar sin efecto la medida al menor es el Juez de Menores que conoció del asunto en primera instancia y competente, por tanto, para el control de la ejecución de la sentencia (art.44.1 LORRPM). Esta facultad no la tiene de oficio sino que deberá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor (art.51.2).

- En cuanto a los presupuestos: la ley requiere la existencia de un acuerdo de conciliación menor/víctima; la Ley no establece ningún límite respecto a los hechos enjuiciados o a la gravedad de la medida impuesta, por lo que se amplía el ámbito de conciliación respecto de lo establecido en el art.19 LORRPM; la estimación favorable de la existencia de conciliación entre el menor/víctima en la fase de ejecución por el Juez de Menores implica dejar sin efecto la medida impuesta al menor.

b) Mediación penitenciaria

La aplicación de la mediación en los centros penitenciarios constituye un reto, ya que se trataba de adaptar el proceso de mediación a un contexto enormemente conflictivo, punitivo y jerarquizado como es la prisión. Se comenzó en marzo de 2005 en el Centro penitenciario de Madrid III. Valdemoro, y se ha ido extendiendo a otras cárceles españolas como la de Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada.

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

Los objetivos de la mediación penitenciaria tienen una triple vertiente:

- Objetivos dirigidos al tratamiento penitenciario: asunción de la parte de responsabilidad de la conducta infractora y de su participación en el conflicto interpersonal, aprendizaje de conductas de diálogo y de escucha dirigida a comprender la posición del otro; aprendizaje de adopción de decisiones personales y autónomas en el conflicto.

- Objetivos dirigidos hacia la convivencia penitenciaria: pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos a través de la difusión, entre las personas presas de este sistema dialogado en la solución de conflictos; disminución de la reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción, en función del cumplimiento de los acuerdos; reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad y a la economía procesal.

- Objetivos dirigidos al beneficio de las personas privadas de libertad: reducción de la ansiedad como consecuencia directa de la desaparición o, al menos, disminución del conflicto interpersonal. El temor a la posibilidad de sufrir represalias por la participación en un conflicto genera un alto nivel de estrés; aumento de la sensación de control, al ser ellos mismos los que deciden acerca de la posibilidad de mediar o no;

disminución de los perjuicios al penado y su familia por la aplicación del Reglamento Penitenciario.

La mediación penitenciaria tiene un proceso, integrado por diversas fases:

1) Fase de derivación:

Es el momento en el que se recibe una solicitud de mediación, proveniente de la Subdirección de Régimen del Centro a través de tres vías distintas:

a) La incompatibilidad: los internos son calificados de incompatibles una vez producido el conflicto, lo cual significa que serán separados en todos los espacios en los que coincidieran previamente (módulo, escuela, patio). La mediación será la única forma de intentar superar esa incompatibilidad; b) La sanción: cuando se produce el conflicto se da apertura, por parte de la Comisión disciplinaria del Centro –CDC- a un procedimiento disciplinario para determinar qué sanción imponer a cada implicado. Si la CDC lo considera oportuno, lo puede remitir al equipo de mediación, lo cual podrá influir en la decisión última respecto a la sanción pendiente; c) la instancia: es el propio interesado quien solicita entrevista con los mediadores para intentar poner fin a un conflicto con algún compañero.

2) Fase de acogida (I):

Se parte de una entrevista individual con cada uno de los implicados. Se les explica el concepto y principios informadores de la mediación. Seguidamente, se realiza una previa indagación sobre el conflicto. Si el implicado acepta la mediación, se continúa indagando acerca de su estado de régimen (permisos, destino), su vida fuera de prisión, los apoyos con los que cuenta, el conflicto (circunstancias en que ocurrió, emociones, rol que se atribuye), su disposición y expectativas con respecto a la mediación. Si la persona no acepta seguir, se cierra el expediente y ya no se contacta con el otro implicado. Si acepta seguir, se realiza la misma operación con el otro implicado.

3) Fase de Acogida (II):

Se reafirman los contactos con las partes implicadas antes de que se produzca el encuentro

entre las mismas.

4) Fase de encuentro dialogado:

Las dos partes en conflicto se reúnen con los mediadores. Mediante la comunicación se trabaja en la gestión y resolución del problema. Puede suceder que una de las partes se muestre suspicaz con respecto a qué información habrá dado el otro implicado a los mediadores; o también, que los implicados participen sin creer en la mediación, movidos por su interés en conseguir algún resultado beneficioso.

Los mediadores finalizarán con la redacción de un Acta de Reconciliación firmado por las partes y por el mediador. El acta se entrega a la oficina de Régimen para que sea tenida en cuenta en la siguiente reunión de la Comisión Disciplinaria.

5) Fase de seguimiento:

Una vez transcurridas una o dos semanas, es conveniente realizar un seguimiento para comprobar el grado de cumplimiento de los acuerdos. Se puede hacer a través de una entrevista informal.

3. Áreas controvertidas para aplicar la mediación penal

En principio, no debería excluirse ninguna infracción para aplicar la mediación. La derivación a mediación no debe responder a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales sino que debe tomar en consideración:

- a) el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas
- b) la vulneración de derechos eminentemente personales

Algunos autores opinan que se debe limitar a faltas y delitos menos graves. Otro sector de la doctrina sostiene que se debe excluir la mediación de las faltas menos graves (son nimiedades, que no merecen inversión de servicios escasos) y extenderlo a delitos graves, en bien de la víctima y

con las consecuencias que sean posibles (atenuante, indulto).

Entendemos que la mediación se puede aplicar a todas las faltas a excepción de las recogidas en el Título III –Faltas contra los intereses generales- (arts. 629 a 632 CP) y las recogidas en el Título IV, De las faltas contra el orden público (arts. 633 a 637 CP.).

Destacamos algunos supuestos especialmente controvertidos:

3.1. Mediación en delitos de peligro

Se trata de delitos de peligro abstracto en los que no existe víctima concreta, por ejemplo, en los delitos contra la salud pública

-Como argumentos a favor: ponen el énfasis en la obtención de responsabilización del acusado respecto de la conducta infractora por medio del diálogo con personas que han sufrido el delito.

- Como argumentos en contra: puede tener naturaleza terapéutica pero escasa trascendencia para la víctima.

Se discute sobre si la mediación se debe limitar a supuestos en los que la titularidad de esos bienes jurídicamente protegidos corresponda exclusivamente a personas físicas. Por ejemplo, casos en los que confluyen personas físicas y jurídicas. Vg. Supuestos de robo con violencia e intimidación en el interior de una oficina bancaria, en el que la entidad financiera es la víctima del despojo patrimonial pero también lo son sus clientes por la violencia e intimidación sufrida.

3.2. Mediación en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por funcionarios públicos

Se plantean dudas ante la desigualdad institucional ante la que se encuentran las partes.

3.3. Mediación en caso de que sean varios los acusados y unos quieran someterse al proceso de mediación y otros no

El reconocimiento de los hechos de uno de ellos puede influir directamente en el derecho a la defensa de los demás.

. Se exige una valoración de los diferentes intereses de los acusados y de los desequilibrios de poder

. Los resultados de la mediación por sí sola no pueden constituir prueba de cargo para el resto de los co-imputados

3.4. Mediación para personas reincidente

La mediación no se puede excluir por delitos anteriores pues los momentos vitales en que se cometen las infracciones son diferentes y pueden necesitar de un tratamiento diferente

3.5. Mediación si la víctima es menor de edad o incapaz

Es posible la mediación con la necesaria intervención de los representantes legales y del Ministerio Fiscal, valorando en todo caso la comprensión y elaboración de los conflictos.

Se debe seguir la voluntad del menor solo si ha cumplido 16 años (edad de emancipación).

En los demás casos de discrepancia, o bien predomina la voluntad de su representante legal, o bien se deja la decisión al Fiscal, como defensor de los intereses del menor.

3.6. Mediación que no llega a buen puerto por la injustificada oposición de la víctima

Pese a las “buenas ofertas” del infractor, puede informar de ello el mediador y el infractor puede obtener beneficios en principio reservados a los casos de mediación exitosa.

3.7. Mediación en delitos de violencia de género

En España, a pesar de las Leyes promulgadas a efectos de atajar los actos de violencia de género, no se ha apreciado una disminución de los tales casos sino que, por el contrario, se ha experimentado un incremento. Prácticamente hay una media de cuatro denuncias diarias. La mayoría son denuncias como resultado de los atestados llevados a cabo por la policía; otras, por remisión de los partes de lesiones desde los centros hospitalarios; las menos, las presentan las propias víctimas.

La mediación se encuentra excluida por el art. 44.5 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de protección integral contra la violencia de género*. Es curioso que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley.

Hay varios obstáculos para realizar una mediación en este supuesto:

-Legal: La mediación penal no puede imponer pena alguna: ni privación de libertad, ni orden de alejamiento o prohibición de aproximación o residencia) y sus acuerdos no son directamente ejecutables. La obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento podría salvarse modificando el art. 57 CP en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en los que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada.

- Relacional: Notable desigualdad que pueda existir entre las partes en relación con el desequilibrio de poder. Esta desigualdad hiere la mediación. Es la voluntad de las partes y el informe realizado por un mediador, que en este caso debería ser también

psicólogo, quien debería determinar la posibilidad de realización.

-Afecta a varios de los principios básicos de la mediación: voluntariedad, confianza, bilateralidad, empatía y otros.

Ello desemboca en el establecimiento de varios argumentos en contra de la aplicación de la mediación a este tipo de conflictos:

a) La mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia;

b) La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones;

c) La técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al Ordenamiento jurídico-penal español;

d) Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal: no satisface los fines de la prevención general;

e) Un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor;

f) La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor;

g) La comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura del comportamiento violento del agresor.

Como argumentos a favor se esgrimen:

a) El carácter discursivo de la mediación como forma de resolución de conflictos puede resultar especialmente útil en delitos de naturaleza relacional;

b) Las dinámicas emocionales durante los encuentros de mediación pueden ayudar al agresor a reconocer su responsabilidad;

c) La mediación reivindica o recupera socialmente a la víctima y le permite expresar libremente su versión de los hechos

Algunos autores defienden que el ámbito doméstico es un medio indicado para transformar el conflicto entre personas relacionadas dentro del mismo. Transcribimos algunas ideas de R. Castillejo al respecto: “No sólo puede permitir que la víctima se sienta reparada, sino también que se restablezcan los cauces de comunicación rotos o deteriorados, para que se adopten las decisiones civiles oportunas de separación y divorcio o, en su caso, de restablecimiento relacional. Resulta evidente la dificultad de estas mediaciones y las consecuencias negativas que pueden generar, pero el sistema penal tampoco garantiza la vida ni la integridad física de las víctimas. El desencuentro violento no se canaliza positivamente con medidas cautelares de alejamiento, o de carácter civil, o con la condena a pena de prisión. Estas medidas tienen, sin duda, un efecto preventivo y de reproche; son necesarias, pero lo que subyace en los conflictos violentos en el ámbito doméstico es un deterioro relacional, cuya posible solución apunta justamente a un procedimiento que tiende a restablecer la comunicación para que se adopten las medidas civiles oportunas. Claro está, siempre que sea posible, y previo trabajo individualizado de carácter terapéutico o pedagógico”. Por ello sostiene que se deba suprimir la norma que prohíbe la mediación en los delitos de violencia de género “pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que esa mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada”.

Se sostiene que en determinados hechos tipificados como de violencia de género, cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado, más centrado en el problema como una cuestión de pareja. En este marco, la mediación persigue el tratamiento integral del conflicto, partiendo de la buena acogida que la mediación tiene para gestionar los conflictos de pareja, donde se tratan cuestiones tan íntimas y personales.

Todo ello ha acabado desembocando en algunas propuestas para un posible modelo de mediación aplicado a la violencia de género, pero que tendría que partir de adoptar determinadas prevenciones:

- a) Precaución n.º 1: equilibrar la posición de la mujer respecto de su ex pareja masculina. Proceso de “fortalecimiento” o de “adquisición de poder” (*empowerment*) por parte de la víctima;
- b) Precaución n.º 2: equilibrar la posición del agresor respecto de la víctima; asegurar sus garantías procesales durante el proceso de mediación;
- c) Precaución n.º 3: preservar la seguridad de la víctima a través de medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros;
- d) Precaución n.º 4: a efectos de iniciar un proceso de mediación, el agresor debe previamente haber reconocido su implicación en los hechos;
- e) Propuesta final: elaborar un modelo mixto entre las formas de intervención de la Justicia tradicional y de la Justicia restauradora en este ámbito.

En definitiva, consideramos que se debería:

- a) Rechazar la aplicación de la mediación en aquellos supuestos que impliquen una prolongada historia de agresiones, maltrato y dominación por parte del hombre sobre su (ex) pareja femenina. Es decir, no cabrá la mediación en supuestos en los que por razón de los graves hechos de violencia física, o reiterados actos de violencia física, la situación de la mujer sea de indefensión.

Bajo estas circunstancias, un proceso de acercamiento y de diálogo entre las partes resultaría excesivamente peligroso para la víctima, en la medida en que ésta se encontraría todavía atrapada en una dependencia psicológica, emocional y puede que social y económica respecto a su agresor.

- b) Aceptar la aplicación de la mediación en aquellos episodios esporádicos y aislados, en su caso primeros o únicos, de agresión, en los que el ataque físico psicológico por parte del varón no se integre en una larga espiral de violencia.

Se trataría de:

- Cuidar la seguridad, autoafirmación y reivindicación de los derechos de la víctima
- Tratamiento psicológico, asunción de responsabilidad y posibilidad de solicitar y recibir perdón en el caso del autor.

Es decir, habría que adoptar algunas cautelas: por un lado, que los mediadores se sometan a un reciclaje continuo y a una especialización en ese ámbito; por otro, que los programas de mediación instauren procedimientos para mejorar la seguridad de las víctimas durante y después de la mediación (detectores de metales en las oficinas de mediación; guardias de seguridad y servicios de protección); por último, que la mujer víctima acepte someterse a este sistema una vez haya recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en condiciones de igualdad. En última instancia, será la voluntad de la víctima y el informe elaborado por los psicólogos los que determinen la posibilidad de realización.

c) Se podría valorar una habilitación (legal) extraordinaria, en función de:

- Grado y tipo de violencia (física o psíquica)
- Daños producidos
- Secuelas (físicas o psíquicas) y capacidad de recuperación
- Gravedad del episodio de violencia
- Existencia o no de otros perjudicados (hijos, ascendientes...)
- Periodicidad de la violencia
- Restablecimiento del equilibrio y de la igualdad.

Quizás se pudiera admitir la mediación en casos de violencia doméstica si se trata de una violencia no física, no grave, puntual, aislada, no continuada y siempre previo análisis de la situación por un equipo técnico que la avale.

Conviene tener presente que la violencia de género da lugar a consecuencias penales y también a muchas consecuencias civiles (separación o divorcio, relaciones paterno-filiales, guarda y custodia de los hijos menores, derecho de

alimentos y tantos otros). Los efectos civiles y penales no son separables. Dado que se ha prohibido la mediación penal en materia de violencia género debería extenderse también a los efectos civiles.

4. Algunas críticas a la mediación penal

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

- La vulneración de la presunción de inocencia (sin embargo, no se debe olvidar que el juez única y exclusivamente ha de basarse en los hechos probados para dictar sentencia, y el que se acuda a un proceso de mediación no es medio probatorio alguno de culpabilidad del sujeto encausado);

- La escasa transparencia y publicidad de los mismos, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial;

- La falta de imparcialidad del organismo al que se confía las labores de mediación;

- La forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerzas económicas y sociales;

- Las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos.

- La "alegalidad" de las experiencias "piloto" de mediación penal en algunos juzgados de España: desde hace algunos años se están llevando a cabo esas experiencias, en las que contando con la aprobación del juez y del fiscal, se derivan algunos casos, al equipo de mediación, por entender que dadas sus circunstancias y características, esos casos podrían gestionarse a través de mediación. En algunos Juzgados es el equipo técnico el encargado de mediar (en algunos juzgados de lo Penal de Burgos) y, en otros, los servicios de mediación se han externalizado y se cuenta con un

equipo *ad hoc* (VG. Juzgado de Instrucción Penal nº 3 de Valladolid).

- Sin embargo, no hay que olvidar que la mediación penal no está regulada en el ordenamiento jurídico español. Es más, algunas de las referencias que se hacen sobre la misma es para prohibirla, como en la Ley de Protección Integral de la Violencia de género, ya citada, en su artículo 44.5, prohíbe la mediación en estos casos (LOPJ, art.87, ter.5); también lo hace la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León de 2006 (art. 2.1). Como hemos visto, sólo está regulada y admitida en la Ley de Responsabilidad del Menor.

- Difícil encaje en el marco procesal penal español actual, chocando con diversos principios tales como el principio de necesidad, el principio acusatorio, el papel del Ministerio Fiscal y otros. Baste analizar el principio de legalidad y el principio de oportunidad:

o El principio de legalidad confiere indisponibilidad a las normas e imperatividad en su observancia, lo que implica que el procedimiento penal tenga carácter necesario excluyendo la posibilidad de cualquier acto de disposición o acuerdo para solucionar el conflicto originado por el hecho delictivo. En este contexto, la mediación no sería posible.

o El principio de oportunidad se configura como un elemento corrector o flexibilizador de la rigidez del principio de legalidad, de tal manera que se pueda tener un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal. Este principio ya rige en las legislaciones de países de nuestro entorno (Dinamarca, Bélgica, Noruega, Francia) pero no en nuestro ordenamiento, lo que dificulta la aceptación de la mediación.

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

- Si se trata de delitos *privados* –muy escasos- se puede evitar el proceso o terminarlo por la propia voluntad del ofendido.

- Si se trata de delitos *semipúblicos*, que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, la mediación penal podría operar:

o como un mecanismo previo de solución del litigio que evitaría la realización del proceso, pues la víctima podría obtener la reparación del daño a través del acuerdo de mediación

o en procesos ya iniciados por propia denuncia o querrela de la persona ofendida, el acuerdo podría determinar el perdón del acusado o la retirada de la denuncia

- Sin embargo, para la generalidad de las infracciones penales, particularmente delitos, de carácter *público*, y con un grado de disponibilidad para las partes, incluido el Ministerio Fiscal, muy limitado o nulo, la mediación habrá de ceñir sus efectos en el proceso penal, generalmente, bien a la fase de la solicitud y aplicación de la pena correspondiente, mediante el juego de la atenuación de la responsabilidad penal, bien a la fase de la sentencia condenatoria, mediante la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad impuesta.

5. A modo de conclusión

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

El paradigma conflicto de la penalidad se presenta, en el siglo XXI, con unos retos imprescindibles. En nuestra sociedad, los movimientos de “ley y orden”, las teorías maximalistas de la pena se recuerdan en momentos puntuales, cuando acaecen delitos que conmocionan a la sociedad (cometidos por menores, en su mayoría). Un Derecho penal mínimo, combinado adecuadamente con una adecuada utilización de las nuevas tecnologías –vigilancia electrónica- y el recurso a otras medidas

que no sean exclusivamente las de prisión- multas, arrestos domiciliarios- permitirán descongestionar un sistema de reclusión que se revela como poco eficaz en orden a la reinserción de los delincuentes.

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

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

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

1- Regular la mediación legalmente e institucionalizarla a través de un sistema público de mediación incorporado a la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia, como el modelo portugués. La mediación intrajudicial permitirá un adecuado aprovechamiento de las ventajas que implica la mediación y el sistema judicial sería un añadido al sistema de garantías del procedimiento.

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

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

1- Instaurar un sistema integral, institucional y público de mediación para evitar riesgos tales como:

- Abuso o presiones por parte de la persona acusada a la víctima para llegar acuerdos y evitar la cárcel

- Abuso de la víctima exigiendo actos de reparación desproporcionados que excedan de los límites legales

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

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

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

Se ha iniciado el recorrido por este camino de la mediación penal que se presenta largo, sinuoso en ciertos recovecos y angosto en otros, y en el que se vislumbran luces y sombras. Habrá que esperar a los resultados de las experiencias “piloto” para, con mayor certeza, estar en condiciones de determinar la viabilidad de la mediación penal y resultados satisfactorios en nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA TORRES, Andrea, "Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da resocialização", en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp. 59-76.
- AA.VV., *Estudios de Derecho Judicial*, nº3, 2007, Madrid.
- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, Ed. di P. Calamandrei, Florencia, 1950.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena*. En: "Persona y Derecho. Homenaje al Prof. J. Hervada". Universidad de Navarra, nº 41, vol.II (1999) pp.525-578.
- _____ "Mediación penal de menores", en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Madrid, Alianza, 2006.
- CATTANEO, Mario A., Pena, *Diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del Diritto penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p.4.
- EGEA, Francisco, "Derechos fundamentales en prisión: respeto a la dignidad humana" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12, 1998 (Ejemplar dedicado a: IV Coloquio Internacional "Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"), pp. 17-20.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*. Valencia, tirant lo blanch-Universidad de Granada, 2008.
- FUNES ARTEAGA, J. edtr. *Mediació i justícia juvenil*, Barcelona, 1994.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., "La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado", *Cuadernos del IV Crim.*, nº10, 1996.
- GORDILLO SANTANA, Luis F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.
- KEARNEY, Niall, *Presidente del European Forum for Restorative Justice* (Carta de Presentación del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).
- LOZANO ESPINA, Francisca, "La mediación penitenciaria", en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191.
- MAGRO SERVET, Vicente; CUÉLLAR OTÓN, Pablo; y HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo, "La experiencia de la mediación penal en la Audiencia provincial de Alicante", en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, pp.115-153.
- MARTIN DIZ, Fernando, "Mediación y violencia de género: matices y posibilidades" (Conferencia pronunciada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).
- MIRANDA COUNTINHO, Jacinto, "Neoliberalismo e sistema punitivo", en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp.1-14.
- MORENTE MEJÍAS, Felipe y Blas HERMOSO RICO, "Introducción" a *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid, Dykinson, 2010.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*, Madrid, Colex, 2005.

_____ *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, Colex, 2006.

RÍOS MARTÍN, J. "La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal", en *Estudios de Derecho Judicial. Alternativas a la Judicialización: la mediación de los conflictos*, nº3. Madrid, 2007, pp.139-164

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciarias*. 2ª ed., actualizada, Vol. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

SANZ HERMIDA, Ágata Mª., "La mediación en la justicia de menores", en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, pp.155-174.

SUMALLA, J.Mª., *La reparación a la víctima en el Derecho penal*, Barcelona, 1994.

_____ "La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor" en *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, en J.L. González Cussac, J.Mª. Tamarit Sumalla. y J.L. Gómez Colomer coords., Valencia, 2002, Tirant lo Blanch.

TEJERINA, Benjamín, "Movimientos sociales y nuevas formas del conflicto social. Visibilidad, negociación y resolución de conflictos" en *La mediación en tiempos de incertidumbre*, en F. Morente Mejías (Director), Madrid, Dykinson, 2010, pp.47-82.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Madrid, Editorial Mad, 2006.

ZAFARONI, Raúl, "Sentido y justificación de la pena", en *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.

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

Páginas web:

www.mjusticia.es (consultada el 08.02.2010)

www.economiasostenible.gob.es/ (consultada el 06.02.2010)

www.euforumrj.org (consultada el 12.03.2010).

www.observatorioviolenciadegenero.es (consultada el 15.03.2010)