



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

La mediación como instrumento de la justicia restaurativa y complemento del derecho penal: modelos comparados y experiencia española en menores y adultos

Anna Vall Rius



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL Y
CIENCIAS PENALES**

**LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA Y COMPLEMENTO DEL DERECHO
PENAL: MODELOS COMPARADOS Y EXPERIENCIA
ESPAÑOLA EN MENORES Y ADULTOS**

Tesis doctoral presentada por: Anna Vall Rius

Dirigida por: Dr. Víctor Gómez Martín y Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra

Barcelona, 2020

ABSTRACT

Català

L'objectiu principal d'aquest treball consisteix en analitzar la possibilitat d'incorporar els principis i mètodes de la Justícia Restaurativa en general i de la mediació en particular, a l'àmbit del Dret penal i la utilitat i avantatges que pot aportar aquesta col·laboració per ambdós sistemes. Es pretén mostrar com la integració d'aquest nou paradigma, lluny de desvirtuar o conculcar les bases del Dret penal, pot contribuir a la seva evolució, millora i humanització i al mateix temps potenciar el reconeixement i el protagonisme de les persones implicades en un fet penal, alhora de gestionar-ne les conseqüències. No es tracta d'una absorció invasiva d'un sistema envers l'altre, sinó d'una col·laboració respectuosa amb els principis i les millors aportacions de cada un, amb l'objectiu final de ser útil a les persones i a la societat a la que es pretén servir, facilitant un instrument propiciador d'una convivència inclusiva en pau i llibertat, respectuosa amb els drets i valors de les persones.

En el primer capítol del treball es presenta una visió sintètica i necessàriament breu de tipus introductori sobre les principals teories que fan referència a les funcions del Dret penal i l'evolució de signe humanitzador de les diferents respostes oficials que s'han adoptat davant del delict. D'aquest primer anàlisi es desprèn clarament un desenvolupament que, amb avenços i retrocessos, evoluciona envers la recerca de respostes cada vegada més racionals i humanitzadores.

Després d'analitzar el paper de la víctima, del ofensor i les diferències entre la responsabilitat civil i la reparació, el treball avança cap a la Justícia Restaurativa com instrument integrador, que ajuda a cercar la resposta més adient a les autèntiques necessitats i interessos de la víctima, del victimari i també de la pròpia comunitat, entesa com un conjunt de persones que comparteixen un espai físic i temporal comú. La resposta restaurativa es focalitza en construir més que en sancionar, en responsabilitzar més que en culpabilitzar, per això aporta elements que ajuden a les parts a superar, mitjança una actuació positiva, la negativitat del fet i a millorar, de forma constructiva, la convivència de tots.

Es pot concloure, que en l'evolució del Dret penal, que acompanya al propi desenvolupament de l'ésser humà i de la societat, la integració del nou paradigma de la Justícia Restaurativa pot significar un decidit pas endavant envers una forma més racional, útil i constructiva de gestionar les conseqüències del delict, en consonància amb el sentir i la ètica individual i social del segle XXI.

Castellano

El objetivo principal de este trabajo consiste en analizar la posibilidad de incorporar los principios y métodos de la Justicia Restaurativa en general y de la mediación en particular, al ámbito del Derecho penal y la utilidad y ventajas que puede aportar esta colaboración para ambos sistemas. Se pretende mostrar cómo la integración de este nuevo paradigma, lejos de desvirtuar o conculcar las bases del Derecho penal, puede contribuir a su evolución, mejora y humanización y al mismo tiempo potenciar el reconocimiento y el protagonismo de las personas implicadas en un hecho penal, en el momento de gestionar sus consecuencias. No se trata de una absorción invasiva, sino de una colaboración respetuosa con los principios y las mejores aportaciones de cada uno, con el objetivo final de ser útil a las personas y a la sociedad a la que se pretende servir, facilitando un instrumento que propicie una convivencia inclusiva en paz y libertad, respetuosa con los derechos y los valores de las personas.

En el primer capítulo del trabajo se presenta una visión sintética y necesariamente introductoria sobre las principales teorías que hacen referencia a las funciones del Derecho penal y a la evolución de signo humanizador de las diferentes respuestas oficiales que se han adoptado ante el delito. De este primer análisis se desprende claramente un desarrollo que, con avances y retrocesos, evoluciona hacia la búsqueda de respuestas cada vez más racionales y humanizadoras.

Después de analizar el papel de la víctima y del ofensor y las diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil, el trabajo avanza hacia la Justicia Restaurativa como instrumento integrador, que facilita la búsqueda de las respuestas más adecuadas a las auténticas necesidades e intereses de la víctima, del victimario y también de la propia comunidad, entendida como un conjunto de personas que comparten un espacio físico y temporal común. La respuesta

restaurativa se focaliza en construir más que en sancionar, en responsabilizar más que en culpabilizar, por eso aporta elementos que ayudan a las partes a superar, mediante una actuación positiva, la negatividad del hecho y a mejorar, de forma constructiva, la convivencia entre todos.

Se puede concluir que, en la evolución del Derecho penal, que acompaña al propio desarrollo del ser humano y de la sociedad, la integración del nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa puede significar un decidido avance hacia una forma más racional, útil y constructiva de gestionar las consecuencias del delito, en consonancia con el sentir y la ética individual y social del siglo XXI.

English

The main purpose of this paper is to analyze the possibility of incorporating the principles and methods of Restorative Justice in general and mediation in particular, to the field of criminal law and the usefulness and advantages it can bring this collaboration for both systems. It is intended to show how the integration of this new paradigm, far from undermine or violate the basic principles of criminal law, can contribute to its development, improvement and humanization, while enhancing the recognition and the role of those involved in a criminal act, also at the time of managing its consequences. It is not an invasive absorption, but a respectful collaboration with the principles and best contributions of each one, with the ultimate goal of being useful to the people and society to which it is intended to serve, facilitating an enabling instrument for a coexistence in peace and freedom, respectful of the rights and values of society.

In the first chapter of the paper a synthetic and necessarily brief introductory overview is presented about the main theories that refer to the functions of the criminal law and the evolution of a humanizing sing of the the different official responses that have been adopted in the face of crime. This first analysis clearly shows a development that evolves towards the search for increasingly rational and humanizing responses.

After analyzing the role of the victim and the offender, and the differences between reparation and civil liability, the work moves towards Restorative Justice, that is approached as an integrating instrument, which helps to find the most appropriate answer to the real needs and

interests of the victim, of the perpetrator and the community itself, understood as a group of people who share a common physical and temporal space. The restorative response is focused on building more than punish, on taking responsibility rather than blaming, so provides elements that help the parts to overcome by a positive way, the negativity of the act and improve constructively coexistence between everyone.

It can be concluded that, in the evolution of criminal law, which accompanies the development of the human being and society, the integration of the new paradigm of Restorative Justice can mean a decisive step towards a more rational, useful and constructively way to manage the consequences of crime, in keeping with the individual and social feelings and ethics of the XXI st. century.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
1. PLANTEAMIENTO	14
2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO	18

CAPÍTULO I.

UN APUNTE SOBRE LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL Y EL PAPEL DE LA CRIMINOLOGÍA Y LA VICTIMOLOGÍA COMO PARTE DE LAS CIENCIAS PENALES

1. Introducción.....	20
2. La pena como respuesta prototípica frente al delito	25
3. Las llamadas teorías de la pena: un esbozo	29
3.1. Teorías retributiva.....	30
3.2. Teorías preventivas: prevención general negativa y positiv.....	32
3.3. Prevención especial: resocialización y medidas de seguridad.....	35
4. Teorías unitarias o eclécticas.....	47
5. La reparación como tercera vía.....	49
6. El papel de la Criminología y la Victimología en las Ciencias penales	54
6.1. La Criminología	54
6.2. La Victimología	59
7. Recapitulación.....	63

CAPÍTULO II.

HUMANIZACIÓN DE LA PENA Y SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

1. Dignificación de la pena privativa de libertad.....	65
2. Alternativas a la sobreutilización de la prisión: desincriminación y sustitutivos penales.....	73
2.1. Libertad condicional, suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad.....	77
2.2. La pena de multa.....	81
2.3. Los trabajos en beneficio de la comunidad.....	86
2.4. La localización permanente y el derogado arresto de fin de semana.....	89

3. Recapitulación.....	91
------------------------	----

CAPÍTULO III.

PENA, REPARACIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1. Introducción	93
2. La reparación como tercera vía del derecho penal.....	94
3. La reparación en atención a la gravedad del delito cometido.....	110
3.1. Punto de partida.....	110
3.2. Delitos de escasa o gravedad media.....	112
3.3. Delitos graves.....	113
4. La responsabilidad civil <i>ex delicto</i> : especial atención a su naturaleza jurídica.....	118
5. Recapitulación	124

CAPÍTULO IV.

TOMA DE POSTURA

1. Roles de la víctima y el victimario tras la comisión del delito.....	126
1.1. La víctima recupera protagonismo.....	128
1.2. Nuevo enfoque en el rol del victimario.....	135
2. El imprescindible reconocimiento de la víctima y de sus necesidades reparatorias.....	138
3. El carácter subsidiario del derecho penal y la necesaria contención de la pena de prisión...142	
3.1. Introducción	142
3.2. Delito ocasional.....	146
3.3. Delito cometido por hábito criminógeno, enfermedad, trastorno leve de la personalidad o dicción	148
3.4. Actos delictivos cometidos a causa de grave trastorno de la personalidad o patología	149
3.5. Delito cometido por necesidad.....	152
3.6. Un apunte sobre la delincuencia de cuello blanco y otros delitos cometidos sin violencia o intimidación.....	155
3.7. Actos delictivos cometidos por personas inimputables.....	157
3.8. Epílogo	159
4. Traslación práctica de las propuestas a la realidad social.....	161

CAPÍTULO V.
LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Introducción	171
2. Antecedentes	181
3. Concepto	191
4. Métodos	199
4.1. Introducción	199
4.2. Mediación entre víctima e infractor	201
4.3. Conferencia de familia (<i>Family Group Conferencing</i>).....	207
4.4. Conferencia de la comunidad (<i>Community Conferencing</i>).....	212
4.5. Círculos de paz y círculos de sentencia.....	213
4.6. Amonestación (<i>cautioning</i>), conferencia restaurativa y métodos de JR según las Naciones Unidas.....	216
5. La integración de la justicia restaurativa en el sistema penal tradicional.....	218
6. Recapitulación	226

CAPÍTULO VI.
LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

1. A modo de introducción	229
2. El mediador como agente esencial	235
3. Beneficios de la mediación para el conjunto del sistema de justicia penal, la víctima y el victimario.	241
3.1. Beneficios genéricos de la mediación en la jurisdicción penal	241
3.2. Beneficios específicos de la mediación respecto a la víctima.....	246
3.3. Beneficios específicos de la mediación respecto al ofensor	251
4. Ámbito de aplicación de la mediación: especial atención al polémico binomio mediación-violencia de género.	255
4.1. Generalizada aplicación de la mediación a las distintas tipologías penales.....	255
4.2. Mediación y violencia de género: ¿un binomio imposible?.....	262
5. Recapitulación.....	273

CAPÍTULO VII.
UNA APROXIMACIÓN COMPARADA A LA REGULACIÓN
DE LA MEDIACIÓN

1. Introducción	276
2. La mediación en Alemania.....	279
2.1. Un apunte sobre su utilización a los menores y a los adultos.....	279
2.2. Estructura y funcionamiento de los servicios de mediación.....	284
3. Origen y evolución de la mediación en Austria: la <i>diversión</i> y el papel del Ministerio Fisco	289
4. El sistema belga de mediación: estructura, organización y tipologías.....	296
5. La mediación en Noruega: orígenes, implementación y desarrollo.....	313
6. Origen y desarrollo de la mediación en Francia.....	320
7. Lituania: mediación y <i>probation</i>	322
8. Recapitulación	324

CAPÍTULO VIII.
UNA MIRADA A LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: DEL DERECHO
PENAL DE MENORES AL DE ADULTOS

1. Introducción	327
2. La responsabilidad penal del menor: pasado, presente y futuro.....	328
2.1. Precedentes legales	328
2.2. La LO 5/2000 Reguladora de la responsabilidad penal de los menores: un punto y aparte	332
2.3. La mediación y la reparación en la LORPM: beneficios para el menor infractor ..	341
2.4. El sentido de la mediación ante el menor infractor	346
2.5. Incoación del expediente e inicio de la actividad mediadora.....	348
2.6. Dos posibles resultados del proceso de mediación: con o sin acuerdo	353
2.7. Responsabilidad civil y mediación en menores	354
2.8. Efectos prácticos de la LORPM	357
3. La mediación en el derecho penal de adultos: texto y contexto.....	362
3.1. Introducción	362
3.2. Normativa europea: recomendaciones del Consejo y directivas comunitarias.....	364
3.3. Normativa estatal: principio de oportunidad, reparación y la mediación como requisito de la suspensión.....	370

3.4. El principio de oportunidad <i>versus</i> el principio de legalidad en el Derecho penal de adultos	371
3.5. Las atenuantes genérica y específicas de reparación del daño.....	374
3.6. La mediación como instrumento de consecución de la tercera vía.....	380
3.7. La mediación como requisito de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad (art. 84.1 CP)	385
3.8. Protagonismo de la mediación en la ejecución de la privación de libertad: progresión en grado, libertad condicional e indulto	390
3.9. El binomio reparación-mediación en la LECrim y en el Estatuto de la Víctima	404
4. A modo de conclusión.....	409

CAPÍTULO IX.

PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* EN TORNO A LA MEDIACIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Introducción	412
2. La mediación y la justicia restaurativa como instrumentos centrales en la intervención comunitaria.....	413
3. La mediación en el inicio de la vía judicial: la intervención del Fiscal y la aplicación del principio de oportunidad	417
4. ¿Es posible la mediación en las causas por hechos graves?	422
5. La mediación en la ejecución de las penas privativas de libertad.....	425
6. La efectividad de los servicios de mediación en sede judicial y en el ámbito penitenciario.....	433
7. A modo de cierre	445
CONCLUSIONES.....	449
BIBLIOGRAFÍA.....	462

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE	<i>Alternativer Entwurf</i> (Proyecto Alternativo)
Art.	Artículo
CdE	Consejo de Europa
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CEJFE	Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada
CIRE	Centro de Iniciativas para la Reinserción
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPE	Código Penal Español
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CUEMYC	Conferencia Universitaria para el Estado de la Mediación y El Conflicto
DF	Disposición Final
DGMPAJJ	Dirección General de Medidas Penales Alternativas y Justicia Juvenil Generalitat Catalunya
Dir.	Directiva, Director
Dirs.	Directores
DyS	Delito y Sociedad
ed.	Editorial
Ed./s.	Editor/es
EFRJ	<i>European Forum for Restorative Justice</i>
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
EVAMB	Encuesta de Victimización del Área Metropolitana de Barcelona
GEMME	Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación
IIRP	<i>International Institute of Restorative Practices</i>
IEIJ	Instituto de Estudios e Investigación Jurídica de Nicaragua

IMCR	Instituto para la Mediación y la Resolución de Conflictos
InDret	Revista para el análisis del Derecho
JiS	<i>Justícia i Societat</i>
JpD	Jueces para la Democracia
JR	Justicia Restaurativa
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LL	Revista jurídica La Ley
LLP	Revista La Ley Penal
LO	Ley Orgánica
LOGP	LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
LOPJ	LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial
LORPM	LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LT	Legal Today. (Por y para abogados)
MCC	Mennonite Central Commitee
MER	Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal
MJD	<i>Maisons de Justice et du Droit</i>
MNS	Servicio de Mediación Nacional
NLEFVOMRJ	Newsletter European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice
Núm.	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organización No Gubernamental
ÖStGB	<i>Österreiches Strafgesetzbuch</i> (Código Penal Austriaco)
Politic.Crim.	Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales (Universidad de Talca)
RCDI	Revista Colombiana de Derecho Internacional
RCVS	<i>Rivista de Criminologia, Vittimologia e Sicurezza,</i>
RD	Real Decreto
RdD	Revista de Derecho

RDS	Revista de Derecho y de Sociología
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)
RDPLN	Revista de Derecho Penal (<i>Lex Nova</i>)
RDV	Revista de Victimología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RECC	Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RES	Revista de Educación Social
REIC	Revista Española de Investigación Criminológica
RFDYCP	Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias (Universidad de Medellín)
RGDP	Revista General del Derecho Penal
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIS	Revista Internacional de Sociología
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJR	Revista de Justicia Restaurativa
RM	Revista de Mediación
RP	Revista Penal
RP	RD 190/1996, de 9 de febrero, Reglamento Penitenciario
RPJ	Revista del Poder Judicial
RPM	Revista Penal México
RS	Revista de Sociología
StPO	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal Alemán)
StGB	<i>Strafprozessordnung</i> (Código Procesal Penal Alemán)
TBC	Trabajos en beneficio de la comunidad
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TOA	Mediación entre Víctima y Ofensor
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen
VOM	<i>Victim Offender Mediation</i>

1. PLANTEAMIENTO

Este estudio nace de la apreciación de un cierto desfase carencial entre las problemáticas y conflictos que plantea la realidad social y los recursos tradicionales que se utilizan para gestionarlos. Esta situación da lugar a desajustes señalados por especialistas y que son padecidos por la población en general, tanto por aquellos que son víctimas o potenciales víctimas de hechos tipificados como delito como por los que son objeto de la aplicación del actual sistema punitivo. ¿Es posible sumar otro tipo de vías y respuestas más útiles y adecuadas a las necesidades reales? ¿Cabe avanzar hacia nuevas formas de reacción ante las infracciones penales?

Nuestra sociedad vive inmersa en constantes transformaciones. El propio individuo difícilmente mantiene creencias o situaciones inamovibles de por vida. Existen diferentes modelos de convivencia entre los que la familia, en su concepción tradicional, sería uno más. La globalización económica, la comunicación a todos los niveles y la movilidad geográfica de personas y bienes facilitan un mercado sin límites geopolíticos también para la delincuencia organizada, favorecida muchas veces por las diferencias legislativas y la falta de colaboración internacional. Algunos autores como SILVA SÁNCHEZ destacan la formación de sociedades crecientemente multiculturales y el surgimiento de fenómenos como la macrocriminalidad, el terrorismo a escala internacional que no pueden quedar al margen del Derecho penal¹. Esta sociedad integrada por personas de diferentes razas y culturas, con distintos esquemas de convivencia y formas de relación exige investigar sobre nuevos instrumentos que faciliten una convivencia plural y permitan encauzar los conflictos y afrontar el reto de la diversidad y del cambio de paradigmas desde una óptica más colaborativa que confrontativa.

En este panorama, cabe plantearse si continúa siendo válido utilizar, de forma muy predominante, fórmulas de gestión penal utilizadas hace más de 150 años. ¿Puede el Derecho penal permanecer ajeno a las transformaciones individuales y sociales e indiferente al sentido de los cambios en la evolución de las convicciones ético-sociales de la comunidad a la que pretende regular? ¿Estamos viviendo lo que HASSEMER / MUÑOZ

¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 111.

CONDE aluden como “*Dialéctica de lo moderno*” al señalar que el Derecho penal moderno “*se ha convertido en contraproductivo y anacrónico*”?². O, ¿Se trata quizá de lo que GARLAND llama “*modernidad tardía*” como “*patrón distintivo de relaciones sociales, económicas y culturales*” que emergen en el mundo desarrollado en el último tercio del s. XX?³.

Otro elemento a considerar es la elevada utilización de la pena de prisión en nuestro país, que algunos autores, como DIEZ RIPOLLÉS, califican como excesiva. Este autor destaca que, pese al bajo índice de criminalidad, España ostenta una tasa de encarcelamiento de las más altas de los grandes países de la UE, solo superada por Inglaterra / Gales y Polonia. A pesar de que esta tasa de encarcelamiento sigue siendo muy elevada, en los últimos años se detecta una cierta tendencia a su decrecimiento⁴. La conciencia de estos factores ha contribuido al desarrollo de un renovado interés por encontrar formulas de gestión de conflictos diferentes a las tradicionales que ofrezcan respuestas más adecuadas y en armonía con los nuevos retos y necesidades tanto individuales como colectivos.

Por otra parte, en esa búsqueda de nuevos instrumentos más apropiados y que a la vez ofrezcan la seguridad que parece demandar la sociedad, ¿No habremos caído en lo que SILVA SÁNCHEZ, entre otros autores, alude como la “*expansión irrazonable del Derecho penal*”, que en lugar de partir del Derecho penal clásico como *ultima ratio*, lo transforma en *prima ratio*, como único instrumento eficaz de pedagogía político-social?⁵. En palabras del mismo autor: “*supone una expansión ad absurdum de la otrora última ratio*”⁶. En igual sentido HASSEMER y MUÑOZ CONDE señalan que la “*dialéctica de lo moderno describe un cambio funcional, impulsado por un optimismo irreflexivo respecto a las posibilidades del Derecho penal de resolver a tiempo y efectivamente problemas*

² HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 16.

³ GARLAND, D., *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (trad. SOZZO, M.), Gedisa, Barcelona, 2005, p. 11.

⁴ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, B de F., Buenos Aires, 2007, pp. 14, 15, 26, 53 y 54.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión*., cit., p. 12.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión*., cit., p. 63.

sociales”⁷. Cabe preguntarse si arreglar problemas sociales es la función y el objetivo del Derecho penal.

Desde otro ángulo, como señala BÜLLESBACH, la ciencia jurídica siempre se ha planteado la tarea de asumir las transformaciones producidas por el desarrollo histórico y social⁸. BÜLLESBACH considera necesaria la cooperación con las ciencias sociales, ya que ofrecen al jurista un instrumental nuevo y extenso en muchos ámbitos. En palabras de BÜLLESBACH “*las ciencias sociales permiten introducir la realidad en la formación de los juristas y también incluir la realidad humana, las estructuras sociales y las repercusiones fácticas del Derecho*”⁹.

En base a estos argumentos y otros que se irán desarrollando, en este trabajo se defiende la posibilidad de introducir nuevas formas de reacción ante las acciones delictivas. Estas nuevas respuestas deberían buscar un equilibrio óptimo entre libertad y seguridad de las personas, adecuándose a los nuevos hábitos de convivencia. Con ello se incidiría, a su vez, en una evolución del Derecho penal, que evolucionaría hacia fórmulas de sesgo más humanista y reparador. Un Derecho penal que tuviese en igual consideración los intereses y las necesidades reales de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad de la que todos forman parte¹⁰. A la vez, se reivindica la potenciación de medios de control social informal que emanan de una manera más directa y espontánea de la misma sociedad, de la familia y de otras instituciones próximas al ciudadano que tienen gran incidencia en su educación y formación sociocultural. El control social formal y el informal comparten objetivos comunes: estimular en el individuo el respeto hacia los demás, hacia sus bienes personales y materiales básicos y fomentar unas relaciones pacíficas. Se diferencian por su origen, por la diversidad de sus métodos y por los mecanismos encargados de su gestión.

⁷ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad*, cit., p. 43 ss.

⁸ BÜLLESBACH, A., “La ciencia jurídica ante las ciencias sociales” (trad. FARIÑAS DULCE), en KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. / ROBLES MANCHÓN, G. (Coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 367.

⁹ BÜLLESBACH, A., en KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. / ROBLES MANCHÓN, G. (Coords.), *El pensamiento jurídico*, cit., p. 368.

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”, en MIR, S. / CORCOY, M. (Dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 61.

El objetivo de este trabajo es plantear la posibilidad de que nuestro Derecho penal adopte nuevos conceptos e instrumentos procedentes de un potente movimiento internacional: la Justicia Restaurativa (JR). ¿Puede la mediación y otros métodos de la JR, compartir un papel destacado junto a la opción tradicional estrictamente punitiva? ¿Podrían estos medios alternativos complementar el sistema penal y contribuir a su evolución hacia un sistema de justicia más flexible, más sensible a las necesidades concretas de cada caso y más cercano al ciudadano?

Este estudio se aleja tanto de planteamientos abolicionistas como de los meramente retribucionistas. Se parte del Derecho penal, que se justifica en base al servicio que presta a la sociedad y a sus individuos, facilitando una convivencia pacífica con pleno respeto a los derechos y las libertades de todos. En palabras de HASSEMER / MUÑOZ CONDE “*el Derecho penal es ciertamente un medio violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana y como tal indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de una cadena; la última ratio para la solución de los problemas sociales y no una panacea*”¹¹.

No se parte de concepciones utópicas sino, básicamente, de una evolución de la idea del Derecho penal clásico, como última ratio para garantizar una convivencia en paz, seguridad y libertad que fomente el respeto hacia las personas y hacia sus bienes esenciales. La misma comunidad se beneficia previniendo nuevos comportamientos delictivos y promoviendo una convivencia pacífica, en la que se facilite la inclusión del propio infractor cuando no suponga un peligro para el resto de las personas. Castigar a uno de sus miembros con el único objetivo de infligirle un sufrimiento favorece únicamente la marginación del individuo afectado, el incremento de su rechazo hacia las estructuras sociales y una potencial recaída en comportamientos delictivos.

Por otra parte, este castigo, en la mayoría de los casos, resulta inútil para cualquier otra finalidad preventiva o pedagógica positiva. Entendemos que la reacción frente al delito no solo debe valorar la gravedad de la infracción cometida, sino que ha tener en cuenta, sobre todo, la necesidad de la pena, tanto desde el punto de vista de la prevención general

¹¹ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad*, cit., p. 16.

como de la especial y desde esta perspectiva optar por el tipo de respuesta que sea más positiva para la sociedad, para el perjudicado y para el propio infractor. ¿El Derecho penal, en aras de la Justicia en abstracto, debe aplicar forzosamente la pena en todo caso, incluso cuando la evidencia demuestra que no es útil para la víctima, es socialmente innecesaria y estigmatizadora para el infractor ya reinsertado y para su entorno familiar?

Se considera imprescindible ampliar y flexibilizar el abanico de posibles reacciones frente al delito y se defiende la oportunidad de que estas reacciones no sean meramente punitivas, sino que persigan una finalidad principalmente reparadora para la víctima y responsabilizadora para el infractor. Por todo ello, el objetivo básico del presente trabajo reside en presentar propuestas que puedan contribuir a plantear la hipótesis de un renovado modelo de Derecho penal, de cariz más preventivo, útil y subsidiario, que puramente retributivo. Según MIR PUIG, la idea de un Estado Social legitima la función de prevención en cuanto sea necesaria para proteger a la sociedad, siendo la intervención penal una exigencia de la necesidad social, que pone el Derecho penal al servicio del ciudadano ¹². Se fundamenta la posibilidad de introducir estas hipótesis de trabajo, en la efectividad práctica, demostrada internacionalmente, por los instrumentos de la llamada JR y en el espíritu del artículo 24 de nuestra Constitución, que claramente pretende dar un sentido constructivo, integrador, reparador y no meramente retributivo a las respuestas penales.

2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El presente trabajo utiliza tanto el método teórico como el empírico para su desarrollo. El método teórico es el seguido básicamente a lo largo del primer capítulo en el que brevemente se desgranar algunas bases teóricas para argumentar y defender la necesidad de incorporar los planteamientos innovadores, que se describen en los capítulos siguientes, como elementos promotores de la constante evolución hacia la búsqueda de nuevas respuestas ante el delito que sean más acordes con la realidad y los principios éticos y culturales imperantes en este momento. El método empírico prevalece en los capítulos que presentan diferentes experiencias y programas de JR que se aplican tanto

¹² MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 114.

en España como en otros países. Estas experiencias se fundamentan en una necesaria base teórica; por tanto, teoría y práctica se combinan para que una adecuada teorización sustente una buena práctica y que, a la vez, los resultados prácticos contribuyan al avance y perfeccionamiento de la teoría.

El trabajo se inicia con un primer capítulo introductorio sobre las teorías acerca de la función del Derecho penal y las hipótesis de trabajo que se plantean. La evolución y la humanización progresiva del Derecho penal actúan como hilo conductor hacia la conclusión básica del presente estudio: la necesidad de seguir avanzando hacia una filosofía constructiva, de inspiración más responsabilizadora y reparadora que retributiva y la posibilidad de incorporar nuevos recursos que favorezcan este avance hacia un Derecho penal más acorde con los nuevos registros, valores y necesidades tanto individuales como sociales.

Los capítulos posteriores avanzan hacia la introducción del concepto y la filosofía que sustenta la JR, que propone respuestas constructivas ante hechos categorizados como delitos. En la búsqueda de esta salida positiva se implica tanto al ofensor como al ofendido e indirectamente a la sociedad, para que juntos encuentren la mejor respuesta posible a las necesidades y consecuencias generadas por el hecho delictivo. La JR no es una idea utópica, sino que ha obtenido un amplio reconocimiento en plasmaciones legislativas vigentes que proceden tanto de organismos internacionales (Naciones Unidas, UE...) como de diferentes países de nuestro entorno jurídico que, como señalan VANFRAECHEM / AERTSEN / WILLEMSSENS van incorporando progresivamente estos principios en sus respectivos ordenamientos penales¹³. También en España cada vez son más las experiencias de JR que se expanden progresivamente en todo el país. Se presenta finalmente una propuesta para ampliar la aplicación práctica de los métodos de JR en nuestro sistema para que puedan contribuir a complementar y mejorar la función de nuestro actual sistema penal.

¹³ VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 3 ss.

CAPÍTULO I.
UN APUNTE SOBRE LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL Y EL PAPEL
DE LA CRIMINOLOGÍA Y LA VICTIMOLOGÍA COMO PARTE DE LAS
CIENCIAS PENALES

1. INTRODUCCIÓN

Analizar, aunque sea de forma necesariamente breve, las funciones que se le asignan al Derecho penal y a la pena, puede ser de interés para posteriormente centrarnos en la Justicia Restaurativa (en adelante JR). Se trata de facilitar una mejor comprensión respecto a los distintos objetivos que presentan ambos sistemas, que no son necesariamente contradictorios en todos sus términos, sino que coinciden en diversos aspectos y por ello pueden complementarse y colaborar para optimizar el alcance de sus respectivas finalidades. Como veremos, estas finalidades, lejos de ser contrapuestas, coinciden necesariamente en el objetivo común de ofrecer una respuesta que sea compensatoria de daño producido por el delito y una gestión más humana y satisfactoria de las consecuencias derivadas de los actos delictivos, en favor de la sociedad y de la ciudadanía a cuyo servicio han de actuar ambos paradigmas.

Como señala MIR PUIG, el Derecho penal constituye uno de los medios de control social, pero existen otros de gran incidencia, aunque de carácter informal que parten de instancias mucho más cercanas al individuo, como la familia, la escuela o el trabajo¹. Estos otros medios de control tienen una función más social y cultural que punitiva, pero son de gran relevancia debido a su extendida implantación y a su importante faceta pedagógico-preventiva que fomenta la asunción de un comportamiento respetuoso respecto a los bienes fundamentales y a la libertad de los demás, por identificarlos como valores de nuestra sociedad. *Estos* medios informales se distancian claramente del Derecho penal que es un medio de control jurídico formalizado, cuyo objetivo es evitar determinados comportamientos a los que tipifica y castiga como delitos por considerarlos un ataque contra esos bienes fundamentales. Las penas y las medidas de seguridad son las sanciones más graves de nuestro ordenamiento jurídico que actúan como respuesta y a la vez como

¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 42 ss.

amenaza para evitar tales comportamientos. Pueden entenderse, por tanto, como un medio para alcanzar el objetivo último que es evitar tales conductas nocivas. La contundencia y trascendencia de la forma de control social que supone el Derecho penal explica su progresivo proceso de monopolización, desde hace siglos, por parte del Estado.

Al intentar determinar cuál es la función del Derecho penal, hemos de referirnos al propósito o misión que se le asigna. ROXIN entiende que el Derecho penal ha de servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y con ello al libre desarrollo de los individuos, así como al mantenimiento de un orden social basado en estos principios. En función de este cometido, se determina qué conducta puede conminar el Estado². El Derecho penal ha de estar directamente vinculado a las necesidades de la sociedad a la que regula y su validez social tiene que ver en gran parte con que se reconozca su vinculación ético-social y no meramente como una imposición por su fuerza coactiva³.

MIR PUIG distingue entre una función o funciones de carácter sociológico en contacto con la realidad social y otra función como *programa normativo*, integrada por el Derecho penal positivo vigente, con independencia de si tal *programa normativo* se logra o no cumplir de forma efectiva en la realidad. La perspectiva del Derecho penal positivo, a su vez, es diferente a la perspectiva que parte del planteamiento de cuáles serían las funciones que debería cumplir el Derecho penal, cuestión a la que intentan responder la filosofía jurídica y la política criminal⁴. El mismo MIR PUIG destaca que la función del Derecho penal depende precisamente de la función que se asigne a la pena y a las medidas de seguridad como formas de intervención características a través de las que actúa y responde el Derecho penal⁵.

Por su parte, JESCHECK señala como misión del Derecho penal “*la protección de la convivencia en sociedad de las personas*”, otorgando al Derecho penal el significado de

² ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (trads. LUZÓN PEÑA, D.M. / DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, Madrid, 1997, p. 81.

³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N., “Dirección y estudio introductorio”, en PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 20.

⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 84.

⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 84 ss.

ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales⁶. Pero el mismo JESCHECK recuerda que “*existe un sistema global de controles sociales, cuyos titulares son diferentes instituciones o comunidades como la familia, el municipio, la escuela, la parroquia, el vecindario, las empresas, las asociaciones y los gremios. La tutela jurídico-penal es únicamente una parte de ese sistema*”⁷. Por tanto, el Derecho penal no puede estimarse como único elemento de control social, sino que actúa junto a otros sistemas de control informales que emergen de la propia comunidad y de una conciencia social basada en la costumbre y en normas básicas de convivencia que aprendemos, de forma natural, en el contacto con los demás. Sin embargo, según JESCHECK, el orden social no puede asegurar por sí mismo la convivencia pacífica de las personas en la comunidad, por ello es completado, perfeccionado y reforzado por el Ordenamiento jurídico. El Derecho penal asegura, en última instancia, la inviolabilidad del Ordenamiento jurídico a través de la coacción estatal⁸.

Otros autores como, por ejemplo, MÁRQUEZ PIÑERO destacan que el Derecho penal posee carácter fragmentario en referencia a que el *ius puniendi* ha de ejercerse solo en la medida en que sea necesario para proteger a la sociedad. Es decir, el Derecho penal no castiga todas las conductas que sean lesivas para los bienes jurídicos, sino solo aquellas modalidades agresivas que supongan un mayor peligro para dichos bienes. Según este mismo autor la idea del carácter fragmentario del Derecho penal ha evolucionado, desde una connotación peyorativa que parte de BINDING, a una positivación lógica, teniendo en cuenta que se pasa de una fundamentación retributiva a otra preventiva⁹. Este carácter fragmentario significa la limitación de la punibilidad a determinadas acciones que por su peligrosidad y reprochabilidad merecen la reprobación de la pena en interés de la protección de la sociedad. Con ello se subraya que este carácter fragmentario supone una característica básica del Derecho penal propio del Estado liberal de Derecho¹⁰.

⁶ JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal, Parte General* (trad. OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 2.

⁷ JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, cit., p. 2.

⁸ JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 2 ss.

⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, R., *El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo*, Universidad Nacional Autónoma de México DF., 1992, p. 125.

¹⁰ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 57.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN subrayan que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Estos autores señalan que, respecto a la función protectora de bienes jurídicos que realiza el Derecho penal, *“le corresponde solo una parte y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico”*¹¹.

En opinión de MIR PUIG en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal solo queda justificada cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos y en esta misma línea señala: *“la tendencia que se considera deseable para el Derecho penal del presente y del futuro es la de su progresiva restricción. Ello enlazaría con la corriente humanista que arranca de BECCARIA y que parte de la idea que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que solo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria -inevitable- para la protección del mismo ciudadano”*¹². También ROXIN considera que la protección de los bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho penal, sino que *“a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico”*¹³. Añade ROXIN que el Derecho penal es *“la última de todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, por ello se denomina la pena como la última ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”*. También alude a la naturaleza *“fragmentaria”* del Derecho penal porque protege una parte de los bienes jurídicos y no de forma general, sino frecuentemente como en el caso del patrimonio, solo frente a determinadas formas de ataque. El Derecho penal posibilita las más duras intromisiones estatales a la libertad del ciudadano, por ello solo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos invasivos no prometan un éxito suficiente¹⁴.

Las normas penales más indiscutibles, las que integran el núcleo del Derecho penal, cuentan con una tradición inmemorial y han conseguido un profundo arraigo en la

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 72 ss.

¹² MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 151.

¹³ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 65 ss.

¹⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 66.

conciencia social¹⁵. Por ello, utilizar el Derecho penal para intentar resolver todo desarreglo supone perder el carácter grave o incluso sacralizado que menciona SILVA SÁNCHEZ, de último remedio, aplicable solo cuando ya no puede ser efectivo ningún otro recurso. Por ello no debe desdibujarse su función clásica de última *ratio*, de lo contrario puede convertirse en “*instrumento apto para todo*”, aplicable en problemáticas en las que su intervención es innecesaria, inapropiada o incluso contraproducente¹⁶.

El sistema jurídico-penal, como afirma HASSEMER¹⁷, necesita ciudadanos que transformen y asuman las normas jurídico-penales como normas sociales y vivan de acuerdo con ellas. Las normas no se asumen por las personas y los grupos por la intimidación, sino por el convencimiento de su idoneidad para mejorar la convivencia. Este convencimiento, como señala HASSEMER, no es posible cuando las normas son, o se viven, como muy gravosas y en cambio se ve reforzado cuando la conminación penal aparece como medio para garantizar los bienes jurídicos y posibilitar la libertad humana¹⁸. También avala la consideración del Derecho penal, como última ratio, el rigor de sus sanciones, que afectan a bienes tan preciados como la propia libertad, que, está íntimamente vinculada al ser y no tanto al estar o al tener de la persona¹⁹.

La supresión radical del Derecho penal, defendida por los abolicionistas, probablemente nos sumiría en un caos social, ya que, actualmente no se conocen mecanismos que puedan sustituirle globalmente, garantizando la protección de los bienes jurídicos de las personas y asegurando la prevención general y especial. Como explica FERRAJOLI, el modelo de autorregulación social espontánea, que predicen diferentes versiones del abolicionismo holista, parte de una sociedad perfecta y constituye “*un modelo normativo irremediabilmente utópico*” que además podría dar cobertura a sistemas sociales represivos y totalizadores que, solo construyendo una falacia normativista, podrían ser

¹⁵ En palabras de MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social*, cit., p. 155: “*solo las prohibiciones y mandatos fundamentales para la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Solo las infracciones de tales normas merecen la consideración de “delitos”*”.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión*, cit., p. 63.

¹⁷ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal* (trads. MUÑOZ CONDE, F. / ARROYO ZAPATERO, L.), Bosch, Barcelona, 1984, p. 391.

¹⁸ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, pp. 392 y ss.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión*, cit., p. 169.

descritos como libres de constricciones y coacciones²⁰. Por tanto, la solución no pasa por eliminar el Derecho penal, sino posiblemente por una mayor diversificación de fórmulas de respuesta. En este sentido GALAIN PALERMO entiende que un sistema penal moderno de un Estado democrático “*debe ser un sistema de alternativas que ofrezca un cúmulo de distintas opciones normativas, que además del problema jurídico atienda a los problemas sociales*”. Un sistema que no se despreocupe de la situación del individuo ya sea autor o víctima en aras de la coherencia sistémica y que además escoja, dentro de las distintas formas de intervención, aquella que cause menos violencia y sea estrictamente necesaria para la resolución del conflicto.²¹

2. LA PENA COMO RESPUESTA PROTOTÍPICA FRENTE AL DELITO

La pena es la más antigua e importante de las consecuencias o respuestas ante el delito, su aparición, como afirma CEREZO MIR, coincide con la del propio Derecho penal²². Según MIR PUIG “*es uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas*”²³. En opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, la pena es la principal consecuencia jurídica del delito y la prisión es solo una de sus posibles consecuencias²⁴. MAPELLI CAFFARENA define la pena como “*una institución de derecho público que limita un derecho a una persona imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano judicial*”²⁵. En base a esta definición, el mismo autor, destaca dos características esenciales de la pena: la primera su naturaleza pública, que supone una garantía de protección para el condenado, frente a la posible reacción desproporcionada de la víctima (aunque, el mismo autor reconoce que con el tiempo este desplazamiento de la víctima se ha convertido en una

²⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trads. ANDRÉS IBAÑEZ, P. / RUIZ MIGUEL, A. / BAYÓN MOHINO, J.C. / TERRADILLOS BASOCO, J. / CANTARERO BANDRÉS, R.), 9ª ed., Trotta, Madrid, 2009, pp. 328 ss.

²¹ GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 145.

²² CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 22.

²³ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 15.

²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 211.

²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 20.

desatención, que puede llegar a provocar incluso que la propia pena impida el resarcimiento de la víctima). La segunda característica que subraya es el carácter aflictivo de la pena, evidentemente toda pena está concebida como un daño, independientemente de cómo la perciba el condenado²⁶.

Desde la perspectiva mayoritaria en la doctrina que, entiende la pena como última ratio y que es plenamente compartida desde este trabajo, autores como QUINTERO OLIVARES / FERMÍN MORALES / PRATS CANUT transmiten “*el convencimiento de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no hay más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección*”²⁷.

En el sistema penal moderno las consecuencias jurídicas derivadas del delito se cifran en dos: las penas y las medidas de seguridad. Por ello, desde la introducción de las medidas de seguridad, se habla de un sistema de “doble vía” frente a los sistemas monistas o de única vía que solo conocen las penas o bien las medidas de seguridad. Como afirma ROXIN, toda pena presupone la culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro²⁸. Por tanto, si falta la culpabilidad, por ejemplo, debido a trastornos mentales, queda excluida la punición del sujeto, no obstante, aunque falte la culpabilidad es posible imponer una medida de seguridad, si se valora que es peligroso para la colectividad. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado, pero en interés de la población se le impone una medida para evitar que cometa otros hechos punibles. Por consiguiente, como afirma ROXIN, las medidas “*coinciden con una ineludible necesidad social*”. La mayoría de los Códigos penales modernos se basan en el principio de la doble vía. En España en concreto, actualmente las medidas de seguridad solo son aplicables post delito, cuando el sujeto ha demostrado ya su peligrosidad mediante la comisión de un hecho tipificado como delictivo, aunque luego se establezca su no culpabilidad debido a su falta de imputabilidad.

²⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, cit., pp. 21 y 22.

²⁷ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, J.M., *Manual de Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 97 ss.

²⁸ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 42 ss.

Como apunta ROXIN, el Estado no tiene la misión de defender ideas y valores, sino que es cada persona quien decide escoger sus propias convicciones sin necesidad del imperativo legal²⁹. El mismo autor señala que la pretensión de imponer esas ideas mediante la violencia estatal acaba, la mayoría de las veces en una dictadura. La tarea del Estado no consiste en realizar “*la justicia abstracta en este mundo*”, sino que es mucho más modesta, debe hacer posible una convivencia pacífica y contribuir a mejorar, en la medida de lo posible, las relaciones sociales, es decir la libertad y la seguridad de los ciudadanos y, según el propio ROXIN, la mejor forma de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad³⁰.

Siguiendo a GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, la pena es la más antigua de las consecuencias jurídicas del delito y también la más importante, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Estos autores consideran que materialmente la pena consiste en una privación o restricción de bienes jurídicos o derechos del penado, pero esta afirmación no singulariza la pena, ya que otros tipos de sanciones jurídicas poseen esas mismas características, como por ejemplo las sanciones administrativas, por ello afirman que la diferencia entre la pena y otras sanciones previstas por el ordenamiento jurídico es de carácter básicamente formal³¹. Desde la perspectiva de la incidencia de la pena en la realidad social, como destaca JESCHECK, la pena tiene frente al infractor del Derecho, una función social, es decir la pena debe estar siempre pensada para su eficacia sobre la futura vida en sociedad del condenado³².

Por su parte, GIL GIL analiza las diversas teorías que desde la ciencia del Derecho penal y desde la filosofía han surgido sobre los fines de la pena orientados a la víctima. Enumera entre los efectos beneficiosos para la víctima, que la pena sirve para poner de manifiesto la injusticia sufrida y ofrecer cierta garantía de no repetición, calmando su necesidad de justicia y contribuyendo a recuperar su confianza en el ordenamiento y en la sociedad.

²⁹ ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (trads. GÓMEZ RIVERO, M.C. / GARCÍA CANTIZANO, M.C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 24.

³⁰ ROXIN, C., *La evolución de la política criminal*, cit., p. 24 y ss.

³¹ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 10.

³² JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 3.

Estos sentimientos, como afirma la autora responden al mecanismo de reciprocidad o sentimiento de necesidad de justicia para la víctima³³. Por otra parte, considera que, si la pena tuviera el único fin de satisfacer a la víctima, su medida debería determinarse entonces exclusivamente en base a las necesidades de la víctima y éstas son diferentes para cada víctima. Por ello, eso podría suponer la desaparición de la igualdad y de la seguridad jurídica en la determinación de la pena³⁴. En la línea expuesta por GIL GIL puede concluirse que la pena como la simple imposición de un mal solo tiene una explicación racional en base a la búsqueda de su efecto preventivo y en ofrecer algún tipo de respuesta útil para la víctima y para la sociedad ya que el castigo, como la imposición de un mal, no puede ser entendido como un fin en sí mismo.

Respecto a la imposición concreta de la pena, desde este trabajo nos adherimos a las palabras de ROXIN: *“la pena nunca se puede imponer sin culpabilidad ni superar su medida. Pero aún concurriendo la culpabilidad, tampoco puede imponerse nunca si no hay necesidad de castigo por razones preventivas”*³⁵. La culpabilidad y las necesidades preventivas (tanto generales como especiales) forman conjuntamente la categoría que ROXIN denomina “responsabilidad” que no se corresponde exactamente con la culpabilidad, ya que ésta es solo un presupuesto necesario, pero no suficiente por sí solo para la “responsabilidad”. Como más adelante se verá, la idea de “responsabilidad” y de “responsabilización” en la JR prima sobre la idea de “culpabilidad”.

Igualmente, quien suscribe este trabajo, se posiciona en la línea de QUINTERO OLIVARES según la cual *“el ius puniendi no se desmerece por renunciar a la imposición de la pena, pues esa decisión es también una manera de ejercitar el ius puniendi en favor de lo que se puede estimar como la mejor opción político criminal”*. Este autor valora la reparación como una misión fundamental para el Derecho penal y aunque dentro de ciertos límites,

³³ GIL GIL, A., “Las teorías de la pena orientadas a la víctima”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coord.) *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 331.

³⁴ GIL GIL, A., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coord.), *Estudios*, cit., p. 327.

³⁵ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 50.

entiende que, incluso debe aceptarse la renuncia a la imposición de una pena como una vía para alcanzar esa reparación³⁶.

3. LAS LLAMADAS TEORÍAS DE LA PENA: UN ESBOZO

En la teoría de la pena se distingue tradicionalmente entre concepto, fundamento, fines y legitimación de la pena. La determinación de los fines y fundamentos de la pena ha dado lugar a una extensa polémica que se remonta a la antigüedad clásica. Las teorías penales pretenden justificar el sentido y la finalidad de la pena y suelen clasificarse en tres grandes grupos, aunque dentro de cada grupo encontramos autores y tendencias con distintos matices. Estos tres grupos representan las teorías absolutas, teorías relativas y unitarias o eclécticas, cada una de estas teorías asigna a la pena finalidades distintas. Siguiendo a PÉREZ MANZANO, con el análisis del fin de la pena se responde a la pregunta de “para qué sirve la pena”, cuestión que, para las teorías absolutas no tiene relevancia al considerar que la pena es un fin en sí misma, en cambio según las teorías relativas y mixtas, la pena ha de cumplir determinados fines sociales que se le han asignado³⁷.

FEIJOO SÁNCHEZ señala que la reflexión teórica sobre el Derecho penal y su sistematización siempre se ha centrado en los conceptos básicos de delito y pena y destaca que los grandes modelos teóricos se han elaborado en base a una teoría de la acción o en base a una teoría de la pena. Este mismo autor concluye que, tras un análisis histórico, las distintas teorías sobre la pena que han marcado hitos en la evolución son siempre fruto de un determinado contexto cultural, histórico, social y político y que las variaciones en las concepciones sobre la pena van siempre precedidas o acompañadas de cambios sociales y políticos, por tanto, pueden verse como expresión del espíritu de su tiempo³⁸. En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ / ROBLES PLANAS / PASTOR MUÑOZ, defienden

³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “La justicia restaurativa en el marco del Código Penal español”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) / ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018, p. 391.

³⁷ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 215.

³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 1 s.

que una teoría de la pena y su correspondiente teoría del delito han de cumplir un doble objetivo: por un lado, ser coherente y por el otro adecuada a los tiempos³⁹.

3.1. Teorías retributivas

Las teorías que se consideran absolutas o retributivas son diversas, pero todas ellas coinciden en que la imposición de la pena se justifica únicamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*). Como señala ABEL SOUTO los defensores de estas teorías entienden que el fundamento del castigo está en que representa la correspondiente retribución por la violación del derecho que ha realizado el delincuente⁴⁰. La pena es puramente retribución, compensación por el mal causado por el delito. FEIJOO SÁNCHEZ entiende que se trata de teorías deontológicas o principialistas que buscan la legitimación de la pena y de la relación que debe existir entre castigo y acción culpable desde una perspectiva universal, haciendo referencia a principios que trascienden al orden social o “*pre-dados a la sociedad y al Derecho*”⁴¹. ROXIN destaca que, según estas teorías, el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compense imponiendo un mal penal, sin perseguir ningún fin más allá de la propia pena⁴². La justificación de este procedimiento no se desprende de los fines a alcanzar con la pena, sino sólo de la realización de la idea de justicia y por tanto “*la pena no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma*”⁴³.

Siguiendo a MIR PUIG la función de la pena como retribución exigida por la Justicia constituye la concepción más tradicional de la pena⁴⁴. Según el mismo autor, este concepto responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en ese mal su merecido. Como afirma ROXIN, la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de ningún fin socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal “merecido” se retribuye, equilibra y expía

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N., en PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho Penal*, cit., p. 20.

⁴⁰ ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006, p. 24.

⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución*, cit. p. 9.

⁴² ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit. pp. 81 ss.

⁴³ ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 50.

⁴⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 84 ss.

la culpabilidad por el hecho cometido⁴⁵. Se la denomina también teoría absoluta porque entiende que el fin de la pena es independiente y queda desvinculado de su efecto social.

Estas teorías aparecen con el idealismo alemán, siendo KANT y HEGEL⁴⁶ sus más destacados representantes. La ley penal es para KANT un imperativo categórico: “*el hombre y en general todo ser racional existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para uso caprichoso de esta o aquella voluntad [...]*”⁴⁷. Los seres racionales se encuentran bajo la ley de que cada uno de ellos no ha de ser tratado, por sí mismo ni por los demás, nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo, como fin en sí mismo”⁴⁸. Para KANT la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia y entiende que los posibles efectos preventivos son ajenos a su esencia. En opinión de MIR PUIG, KANT considera que, el hombre es un “*fin en sí mismo*” que no es lícito instrumentalizarle en beneficio de la sociedad⁴⁹. La ley penal se presenta como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria, como pudiese ser la protección de la sociedad u otras. Las teorías absolutas se niegan a justificar la pena y el Derecho penal por sus efectos fácticos y según HASSEMER⁵⁰ en este punto reside su sabiduría, ya que no se sabe lo suficiente para legitimar el Derecho penal y la pena por sus efectos. Las teorías absolutas se ocupan del Derecho penal, no de la política criminal; no les interesa el progreso, sino la seguridad jurídica. Los seguidores de estas teorías absolutas o retribucionistas creen que, si la pena se justificase por sus efectos preventivos, es decir, por razones utilitarias, se estaría utilizando al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, implicando un menoscabo en su dignidad humana⁵¹. Estas teorías, se explican históricamente, como reacción a las concepciones utilitarias de la pena por parte de los penalistas de la Ilustración.

⁴⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 82.

⁴⁶ HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu* (trads. LEIVA, G. / ROCES, W.), primera edición en alemán 1807, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, en esta obra HEGUEL examina el proceso del conocimiento humano y fundamenta su sistema sobre el idealismo absoluto.

⁴⁷ KANT, I., *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (trad. MARTÍN RODRÍGUEZ, C.), Aguilar, Buenos Aires, 1973, p. 110.

⁴⁸ KANT, I., *Cimentación para la metafísica*, cit., p. 118.

⁴⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 85.

⁵⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 398.

⁵¹ KANT, I., *Introducción a la teoría del Derecho* (trad. GONZÁLEZ VICEN, F.), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 95 ss.

3.2. Teorías preventivas: prevención general negativa y positiva

Como indica HASSEMER⁵², parece que fue SÉNECA quien, según GROTIUS, tomó de PROTÁGORAS una teoría de la pena que actualmente puede calificarse como “moderna”: “*Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque*”, estas teorías atribuyen por tanto a la pena la misión de prevenir o inhibir futuros delitos.

Las teorías de la prevención general o relativas ofrecen una concepción utilitaria de la pena y a ellas se sumaron ya los penalistas de la Ilustración que destacaban la prevención general (BECCARIA⁵³, FEUERBACH⁵⁴), también la escuela positiva italiana (LOMBROSO⁵⁵, FERRY⁵⁶, GARÓFALO⁵⁷) que asignaban a la pena el fin primordial de la prevención especial, e igualmente la escuela político criminal de VON LISZT y la escuela correccionalista.

Según MIR PUIG, las teorías de la prevención asignan a la pena la función de prevenir delitos como medio de proteger determinados intereses sociales a diferencia de las teorías absolutas que, en sentido estricto, parten de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin considerar, ningún otro fin de utilidad social. Según las teorías de la prevención, la pena se justificaría no solo como un castigo o respuesta frente al delito, sino sobre todo como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. En este sentido, siguiendo a MIR PUIG, la prevención mira al futuro, mientras que la retribución mira al pasado. Se las denomina también “teorías relativas” porque a diferencia de la Justicia, entendida como absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales⁵⁸. ABEL SOUTO considera que estas teorías justifican el castigo sobre la base de su utilidad, por eso se las conoce también como teorías utilitarias ya que ponen el acento en los fines

⁵² HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., pp. 347 ss.

⁵³ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, (edición facsímil de la traducción española de DE LAS CASAS, J.A. de 1774), Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁵⁴ FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (trads. ZAFFARONI, E.R. / HAGEMEIERS, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 1980.

⁵⁵ LOMBROSO, C., *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*, Milán, 1876.

⁵⁶ FERRI, E., *Sociología Criminal* (trad. SOTO HERNÁNDEZ, A.), Analecta, Madrid, 1907.

⁵⁷ GAROFALO, R., “La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión”, RDS, vol. núm. 1 (3), 1895, pp. 384 ss.

⁵⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 87 y 88.

de la pena que son la prevención general y la prevención especial⁵⁹. Para los seguidores de estas teorías, la pena se fundamenta, por tanto, en la necesidad de evitar delitos futuros y se justifica por sus efectos preventivos.

La prevención general se interesa por la generalidad de los ciudadanos, esperando que la pena y su ejecución sirvan, por un lado, para intimidar a los potenciales delincuentes y por otro para que contribuya a robustecer la conciencia jurídica de todos. No ve el fin de la pena en la retribución, ni en su influencia sobre el autor, sino que, como afirma CEREZO MIR se identifica, tradicionalmente, con la intimidación y se entiende que actúa sobre la comunidad en su conjunto⁶⁰. La amenaza de la pena puede atemorizar a los potenciales delincuentes y motivarles a que se abstengan de cometer el delito por temor a la aplicación de la pena. Históricamente, como señala ROXIN, esta teoría fue desarrollada por FEUERBACH a principios del siglo XIX que derivó su teoría de la prevención general de la llamada “Teoría psicológica de la coacción” expuesta por él mismo. Esta doctrina, al pretender prevenir el delito mediante las normas penales, puede considerarse como una teoría de la amenaza penal⁶¹.

Se distingue un aspecto negativo y otro positivo de la prevención general, FEUERBACH, como hemos visto, puso el acento en el aspecto negativo como coacción psicológica⁶². Aunque como señala DEMETRIO CRESPO, la idea de la prevención general negativa no es defendida prácticamente por nadie al presuponer la existencia de un hombre racional perfecto capaz de valorar perfectamente la amenaza de la pena y su desventaja respecto a la ventaja derivada de la comisión del delito⁶³. Actualmente, como destaca ROXIN, existe unanimidad acerca de que solo a una parte de las personas con tendencia a la criminalidad les pueda afectar la intimidación y en estos casos no les intimida tanto la magnitud de la pena como el riesgo de ser detenidos⁶⁴. Por ello, como concluye ROXIN, una agravación

⁵⁹ ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena*, cit., p. 32.

⁶⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, cit., pp. 23 ss.

⁶¹ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 89 ss.

⁶² FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (trads. ZAFFARONI, E.R. / HAGEMIEIER, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 1980, *passim*.

⁶³ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 30 s.

⁶⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 98.

de la pena no tendrá tanto éxito en cuanto a la prevención general, como intensificar la persecución penal.

El aspecto positivo de la prevención general reside principalmente en el refuerzo de la confianza, en la firmeza y el poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Según ello, la pena tiene la función de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico y reforzar la confianza jurídica de los ciudadanos. Algunos autores actuales incluyen en la prevención general la función de ejemplaridad de la pena con trasfondo pedagógico o formativo, en base a la teoría de la “*prevención general positiva*” sostenida por autores como JAKOBS⁶⁵. Según ROXIN la idea de ejemplaridad consiste en la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante la práctica y el ejercicio en la fidelidad al Derecho que, en Alemania representa actualmente una de las finalidades principales de la pena⁶⁶.

PÉREZ MANZANO destaca que las teorías de la *prevención general positiva* o de la *prevención de integración* hacen referencia al aspecto preventivo general de la pena como “*inhibición de la realización de delitos por la comunidad en general*”. La autora resalta dos efectos: en primer lugar, que la pena reafirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas, restableciéndolo como tal y, en segundo lugar, que la pena actúa como instrumento conformador de la conciencia jurídica colectiva y su aplicación “*restablece la confianza y la fidelidad del ciudadano en la norma jurídica*”⁶⁷. En igual sentido DEMETRIO CRESPO señala que la prevención general positiva no apela al concepto de amenaza o intimidación, sino a conceptos como pacificación de la conciencia jurídica de la población, restablecimiento o defensa del ordenamiento jurídico o internalización moral de los valores jurídicos por los individuos, entre otros argumentos⁶⁸. PÉREZ MANZANO opina que la teoría de la prevención general positiva avanza como una posible solución al conflicto de los fines de la pena, entendiendo que “*la crisis de la*

⁶⁵ JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación* (trads. CUELLO CONTRERAS, J. / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 6.

⁶⁶ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 29.

⁶⁷ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 17.

⁶⁸ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, cit., p. 31.

*resocialización y el imposible retorno a la retribución se apuntan como causas que contribuyen decisivamente al auge de la prevención general positiva*⁶⁹.

Por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ, dentro de la concepción de la prevención general positiva, introduce la *prevención estabilizadora*. Bajo este concepto la pena no se enfoca a prevenir directamente los delitos concretos, sino más bien ciertos efectos nocivos que el delito tiene para la sociedad y para la vida en común. Se entiende que esta idea de prevención posterior a la comisión del delito permite un punto de encuentro entre teorías basadas en la justicia (como idea de merecimiento de la pena por el castigado) y en la prevención (idea de necesidad de la pena para el que tiene la potestad de castigar, en ejercicio de la legítima defensa en el grado que sea estrictamente necesaria). En su opinión, esta concepción “*abre posibilidades a la búsqueda de alternativas a la pena o de atenuaciones no estrictamente vinculadas al injusto y la culpabilidad por el hecho (por ejemplo, los mecanismos de justicia restaurativa)*”. FEIJOO SÁNCHEZ concluye que esta concepción supone su contribución a “*la idea de un concepto superior de prevención general positiva como una estrategia de prevención limitada siguiendo el magisterio del prof. MIR PUIG*”⁷⁰.

3.3. La prevención especial: resocialización y medidas de seguridad

A diferencia de la prevención general que trata de ejercer una determinada influencia sobre el conjunto de la sociedad, la prevención especial implica una actuación sobre el propio delincuente para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. Como apunta ROXIN⁷¹ esta concepción se perfeccionó durante la Ilustración como teoría independiente. Más tarde perdió fuerza frente a la teoría retribucionista, pero a finales del s. XIX fue recuperada por la escuela jurídico penal sociológica que le dio el protagonismo e influencia que ha conservado hasta hoy. VON LISZT fue el representante más destacado de esta escuela y en su Programa de Marburgo de 1882 expuso un tratamiento para los

⁶⁹ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 26

⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La estabilización normativa como fin de la pena: ¿Puro teatro?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG*, B de f., Montevideo- Buenos Aires, 2017, p. 321.

⁷¹ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 85 ss.

delincuentes diferente según el tipo de autor. Las concepciones de VON LISZT tuvieron una influencia clave en esta materia y cabe destacar, en especial, su ascendiente sobre el ya comentado Proyecto Alternativo del Código penal alemán de 1966, publicado por penalistas de Alemania occidental, entre los que se hallaba el propio ROXIN que obtuvo una gran repercusión en la reforma del Derecho penal alemán.

Siguiendo a VON LISZT que afirma que “*no hay justicia absoluta*”⁷², la prevención especial puede actuar de tres formas: como advertencia o intimidación individual del mero delincuente ocasional; mediante la pena, para que no cometas futuros delitos; y como corrección o readaptación social del delincuente corregible, que le preserva de la reincidencia. Esta idea obtuvo una gran trascendencia en la génesis y desarrollo de la teoría de la resocialización, aunque como señala ROXÍN, a partir de mediados de la década de los setenta se abandona la idea de resocialización antes dominante y se vuelve a la teoría de la retribución y de la prevención general, como reacción frente a las penas de duración indeterminada y frente al tratamiento forzoso⁷³.

ROXIN, argumenta que la prevención especial plantea también dudas sobre el tipo de actuación que debe llevarse a cabo ante los autores no necesitados de resocialización, no solo en delitos imprudentes o leves, sino incluso graves, pero cuyos autores no presentan peligro de reincidencia porque fueron cometidos en situaciones irrepitibles. Finalmente contribuyó también al desencanto de la prevención especial el hecho de que, a pesar de los esfuerzos realizados, la socialización del reincidente no siempre resulta eficaz. Así mientras que la pena retributiva lleva el fin en sí misma y, por tanto, es independiente de cualquier resultado o éxito, la meta preventivo-especial pierde sentido en caso de aplicarse sin éxito. La tercera forma de la prevención especial sería aplicando la separación o inocuización, cuando se trata de delincuentes habituales con una tendencia criminal tan arraigada, que no cabe esperar que desistan, que cambien ni que mejoren. Al entenderse que su corrección es prácticamente imposible, se trata de asegurar a la comunidad frente al peligro que representan este tipo de delincuentes, sobre todo si existe

⁷² VON LISTZ, F., *La idea de fin en el Derecho penal* (Primera reimpresión de la primera edición de EDEVAL, de Valparaíso Chile, 1984), Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 102 ss.

⁷³ ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., pp. 88 ss.

un elevado riesgo de reincidencia y se trata de delitos que lesionan gravemente los bienes esenciales de las personas.

En la línea de destacar el valor de la prevención especial, adquirió un destacado papel el correccionalismo cuyos seguidores entienden la pena como un derecho protector de los criminales. El correccionalismo parte de la construcción filosófica de KRAUSE⁷⁴, aunque es KARL ROEDER quien lo formula en el campo penal, afirmando que la pena no es un mal sino un bien, y, por ello, no existe el deber de cumplirla, sino el derecho de exigirla. El delincuente es un miembro de la sociedad necesitado de ayuda⁷⁵ y esta ayuda le llega a través de la pena que es útil para su corrección. En España el correccionalismo encontró un eco considerable con dos representantes destacados: CONCEPCIÓN ARENAL⁷⁶ y PEDRO DORADO MONTERO. Éste último considera que el Derecho penal tradicional ha ser sustituido por un derecho corrector de los criminales, como una cura de almas que se adapte a la necesidad de corrección de cada infractor. Defiende que la pena ha de aplicarse amoldándola a las necesidades del delincuente y no a la importancia del delito objetivo ya realizado: “*puede darse una pena crecida o grande, si grande fuera la necesidad de producir una saludable cocción psíquica intimidativa*”⁷⁷.

Mencionar también la escuela positiva italiana que nace en el s. XIX y cuyos principales precursores fueron LOMBROSO (considerado como el fundador), FERRY y GARÓFALO⁷⁸. LOMBROSO, en su obra más conocida *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente* defendió que el delincuente presenta ciertas deformidades craneales que lo hacen físicamente diferente a las “personas normales” por causas congénitas y hereditarias⁷⁹, empezando a elaborar lo que él mismo llamó “Antropología criminal”, considerándose el fundador de esta ciencia. En esta misma línea, FERRI señaló que las conclusiones de la antropología criminal reciben confirmaciones continuas y “se

⁷⁴ KRAUSE, K., *Fundamento del derecho natural, o ensayo filosófico sobre el ideal de Derecho*, Jena, 1803, *passim*.

⁷⁵ ROEDER, K., “*Comentatio an poena malum esse debeat*”, 1839, *passim*.

⁷⁶ ARENAL PONTE, C., *Estudios Penitenciarios*, primera edición 1877, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

⁷⁷ DORADO MONTERO, P., *La psicología criminal en nuestro Derecho Legislado*, 2ª ed., Hijos de Reus, Madrid, 1910, p. 233.

⁷⁸ GARÓFALO, R., RDS, vol. núm. 1 (3), 1895, pp. 384 ss.

⁷⁹ LOMBROSO, C., *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*, 1876, *passim*.

confirma cuantas veces se contrasta en vivo los datos antropométricos, comparando los delinquentes con las personas honradas”⁸⁰. La escuela positiva surge en reacción contra la escuela clásica y pone su acento en la responsabilidad social más que en la responsabilidad moral ya que el hombre vive en sociedad. El concepto de pena se sustituye por el de sanción que ha de ser adecuada a la peligrosidad del delincuente y ha de durar mientras dure su peligrosidad y, por ello, su duración es indeterminada. Los substitutivos penales tienen una relevancia muy destacada, incluso mayor que las propias penas, ya que se busca la readaptación del delincuente y, en todo caso, desde esta escuela positiva se entiende que la pena debe ser útil.

Vinculada al concepto de la prevención especial en tanto actuación dirigida a la persona que ha cometido un delito y como respuesta a tal delito, ya a finales de siglo XIX empezó a surgir la idea de superar el viejo Derecho de castigo y represión por un Derecho orientado al tratamiento del delincuente. MUÑOZ CONDE señala que la idea de la resocialización encuentra precedentes en los correccionalistas españoles, mencionados en el epígrafe anterior. Esta idea quedó en utopía, pero introdujo una nueva orientación dentro del Derecho penal, la pena privativa de libertad se mantenía, pero se le asignaban nuevos fines relacionados con el tratamiento del delincuente⁸¹. SILVA SÁNCHEZ entiende que *la tesis resocializadora es una de las posibles manifestaciones de la lucha por un “mejor Derecho penal”*. Según este mismo autor, los partidarios de la resocialización llegan a legitimar el Derecho penal, por su capacidad resocializadora, lo que ha motivado gran parte de las críticas hacia esta postura⁸².

VON LISZT no hablaba literalmente de resocialización, pero entre otros fines de prevención especial, hacía referencia a la “mejora”⁸³. El término resocialización (*Resozialisierung*) aparece en la bibliografía alemana, después de la Primera Guerra Mundial, para sustituir o acompañar a la “mejora”. Ya se aluda al término “Reeducación”,

⁸⁰ FERRI, E., *Sociología Criminal* (trad. SOTO HERNÁNDEZ, A.), Analecta, Madrid, 1907, pp. 65 s.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal. Trabajos del Seminario hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma, Bellaterra, 1980, pp. 62 ss.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 26.

⁸³ VON LISZT, F., *Tratado del Derecho penal, Tomo tercero* (trad. JIMENEZ DE ASUA, L.), Reus, Madrid, 1916, pp. 197 ss.

“Reinserción social” o llevar con responsabilidad una vida futura sin delitos, se trata, como señala MUÑOZ CONDE, de asignar a la ejecución de las penas y de las medidas privativas de libertad, una misma función correctora y de mejora del delincuente⁸⁴. GARLAND destaca la conexión evidente entre el welfarismo penal, el control del delito correccionalista y el ideal de la rehabilitación del penado: “*Con sus raíces en la década de 1890 y su vigoroso desarrollo en las décadas de 1950 y 1960, el welfarismo penal era, hacia 1970 el marco consolidado de las políticas públicas en Gran Bretaña y Estados Unidos. Su axioma básico –que las medidas penales, donde fuera posible, debían ser intervenciones destinadas a la rehabilitación, en lugar de castigos negativos, retributivos- dio nacimiento a toda una nueva red de principios y prácticas interrelacionadas.*”⁸⁵. Considera MIR PUIG en algunos países nórdicos y en Estados Unidos se llegó especialmente lejos. En la década de los años cincuenta y sesenta, a la vez que progresaban las nuevas ciencias sociales, se fue imponiendo la llamada “ideología del tratamiento” y el término “resocialización” se fue extendiendo, sustituyendo a otros términos, como “corrección” o reeducación⁸⁶. “Resocialización” se convirtió, en una expresión frecuente, en un *Modeword*, una palabra de moda, que todo el mundo emplea, no solo los juristas, aunque a veces su contenido y finalidad no queden muy claros ni definidos⁸⁷.

Siguiendo a MIR PUIG, en España la propia Constitución, en su artículo 25 contempla el principio de resocialización y también el art. 1 de la LOGP, aunque la realidad de las cárceles no siempre responde a este principio⁸⁸. Como indica MUÑOZ CONDE “reeducación”, “reinserción social” son expresiones que asignan a la ejecución de las penas privativas de libertad, una función que desde VON LISZT se considera fundamental, entre las diversas funciones de la pena y que puede considerarse como principio rector y básico de todo sistema penitenciario moderno⁸⁹. A pesar de ello, cada vez han sido más frecuentes las críticas y las dudas sobre la eficacia real de la supuesta resocialización e

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., p. 62.

⁸⁵ GARLAND, D., *La cultura del control*, cit., pp. 81 y 82.

⁸⁶ MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona 1994, pp. 140 ss.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 62 ss.

⁸⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 140.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 62 ss.

incluso llega a ponerse en entredicho la propia necesidad de resocialización del delincuente.

Como afirma HERRERO HERRERO, en la década de los años setenta y primeros de los ochenta del siglo pasado, “*entra en crisis el modelo asistencial, reeducativo-reinsertivo*”⁹⁰. Se ha pasado, por tanto, según MUÑOZ CONDE, de una confianza optimista en la resocialización a la decepción y al escepticismo sobre las bondades, posiblemente desmesuradas, que se le habían atribuido. Este mismo autor opina que “*las críticas a la idea de resocialización son las que mejor reflejan la grave crisis actual del Derecho penal, sus íntimas contradicciones, sus fracasos y frustraciones...*”⁹¹. De forma similar, SILVA SÁNCHEZ entiende que el ideal resocializador, como construcción teórica que legitima la intervención penal, entraba en una crisis sin precedentes, al mismo tiempo en que se plasmaba en trascendentes disposiciones legales⁹².

GARLAND destaca que desde finales de la década de los 70 el ideal rehabilitador comienza a debilitarse de *forma asombrosamente repentina*, considerando que esta caída en desgracia de la rehabilitación ha sido “*inmensamente significativa*”, ya que su declive fue el primer indicador de que el esquema de la modernidad empezaba a desarticularse⁹³. Ante las numerosas críticas se inicia la búsqueda de una base común, distinta a la moral, en la que poder sustentar la resocialización. En este sentido MUÑOZ CONDE hace referencia a “*resocializar para la legalidad*”, según lo cual la resocialización debe consistir en conseguir que el delincuente acepte las normas básicas que rigen en la sociedad en la cual ha cometido el delito. Por ello, el objetivo de la resocialización sería conseguir el respeto y aceptación de las normas penales para impedir la comisión de nuevos delitos en el futuro⁹⁴. Esta correlación entre “resocialización” y “respeto a la legalidad penal” ha sido también cuestionada. Se alega que no todo delincuente debe ser objeto de resocialización, el hecho de cometer un delito no significa siempre que se rompa su vinculación con la sociedad, como pasa con los delincuentes ocasionales o los autores

⁹⁰ HERRERO HERRERO, C., *Política criminal integradora*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 249.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 63 ss.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, cit., p. 28.

⁹³ GARLAND, D., *La cultura del control*, cit., p. 42.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 63 ss.

de infracciones penales de escasa consideración o aquellos que las han cometido por un descuido imprudente. En otros casos el propio autor no cuestiona en el fondo la norma que ha infringido. No existe pues una correlación absoluta entre delincuencia y resocialización. Al hilo de esta teoría, solo estarían necesitados de resocialización los autores de delitos de cierta importancia y gravedad social. Aunque también aquí la experiencia demuestra lo contrario, a título de ejemplo, la reincorporación social de los criminales de guerra nazis no entrañó mayores problemas. Lo mismo podría decirse de las personas que han cometido delitos de tipo económico (estafas, malversación de fondos, apropiación indebida, etc.), los llamados “delincuentes de cuello blanco” o los responsables de entidades financieras que, en palabras de HORTAL IBARRA, han abusado del déficit de conocimientos económico-financieros de los adquirientes más vulnerables de sus productos.⁹⁵ Estas personas generalmente no necesitan un proceso de resocialización, ya que puede tratarse de individuos bien integrados y que incluso han sido, en algún momento, bien valoradas socialmente.

Como afirma MIR PUIG, “*en el Estado social y democrático de Derecho, sancionado en el art. 1.1 de la Constitución española, el ejercicio del poder y, por tanto, del poder penal, sólo puede concebirse como exigencias de una política social al servicio de los ciudadanos*”⁹⁶. MIR PUIG concluye que en este modelo de Estado social y democrático la pena ha de cumplir la misión de regulación activa de la vida social, de forma que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de todos los ciudadanos, sin exclusiones de ningún tipo. Por tanto, adoptar la perspectiva de la “legalidad penal” cuando esta legalidad responde de forma democrática a los intereses generales, supone partir de un sistema de referencia más amplio y representativo que adoptar un sistema de valores morales, mucho más cuestionable y subjetivo.

Aunque una resocialización basada únicamente en el respeto a la norma penal presenta también serias contradicciones. Si falta la “infraestructura” moral, la norma penal carece

⁹⁵ HORTAL IBARRA, J.C., “Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político criminal”, en PUENTE ALBA, L.M. (Ed.) *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*”, *Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, p. 160.

⁹⁶ MIR PUIG, S., en MIR PUIG, S. (Ed.), *La Reforma del Derecho Penal* cit., p. 116.

de toda fuerza de convicción y motivación ética. Si tras el buen comportamiento externo no existen convicciones morales positivas, sino simple miedo a la pena, el buen comportamiento cesará cuando fallen las condiciones coactivas y deje de temerse el castigo penal o su efectividad. En este caso la resocialización puede quedarse en una simple adaptación forzosa y aparente de la legalidad.

Las críticas a la resocialización se dirigen también al tratamiento penitenciario, como instrumento empleado para conseguirla. Siguiendo a MUÑOZ CONDE las objeciones fundamentales a este tratamiento pueden resumirse en su ineficacia, dadas las condiciones de vida de la prisión, la cotidianeidad se caracteriza por la adaptación a la subcultura de la sociedad carcelaria⁹⁷. Puede hablarse incluso del “Código del recluso”, que implica la no cooperación con los funcionarios en cuestiones de disciplina y no facilitar la información que pueda perjudicar a un compañero. Además de la lealtad entre los internos, existe una mafia carcelaria que se rige por sus propias leyes y valores y que impone sanciones a quien las incumpla. Este proceso de adaptación a la vida de la cárcel es inverso al que pretende el tratamiento resocializador. Los efectos negativos que la prisonización comporta para el tratamiento resocializador son evidentes. El interno no solo no acepta los valores mínimos cuyo respeto se pretende conseguir, sino que además aprende otros totalmente contrarios y pierde sus capacidades sociales y de autonomía vital para llevar una vida en libertad. En multitud de casos el interno consolida, además, su carrera criminal relacionándose con otros delincuentes. A todo ello debe añadirse, en general, las deficientes condiciones materiales de la vida en la cárcel y las privaciones que el recluso debe soportar.

Ante estos argumentos es lógico preguntarse si es posible llevar a cabo un tratamiento realmente eficaz en los establecimientos penitenciarios e incluso si ese tratamiento puede imponerse de forma obligatoria al recluso. MUÑOZ CONDE alude a la Ley Penitenciaria alemana, que en su parágrafo 4.1 señala: “*el recluso cooperará en la configuración de su tratamiento. Para ello deberá despertarse su voluntad de cooperación*”. En el mismo sentido se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, entendiendo que la voluntariedad es irrenunciable

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 62 ss.

para no vulnerar los derechos individuales del penado⁹⁸. Como señala este autor, algunos penitenciarios alemanes como LÜDERSSEN consideran que esta cooperación del penado es un punto neurálgico del sistema, un derecho, más que un deber⁹⁹. Como destaca también MUÑOZ CONDE, todos están de acuerdo en que la cooperación del recluso en su tratamiento no puede forzarse, ni llevarse a cabo contra su voluntad¹⁰⁰.

Otra objeción es la falta de personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz. La mayoría de países dedican a esta cuestión unos presupuestos insuficientes. Mientras este problema no se resuelva, el tratamiento seguirá siendo una utopía. También desde la perspectiva de la Criminología crítica, autores como BARATTA ponen de relieve, cómo el principio de resocialización ha sido cuestionado por la sociología de la cárcel, así como por investigaciones acerca de la influencia de las sanciones estigmatizantes sobre la desviación “secundaria” y la reincidencia¹⁰¹. Este autor considera que entender la resocialización del delincuente como una función efectiva de la cárcel y valorarla como un fin alcanzable a través de medidas privativas de libertad, aparece definitivamente como una ilusión.

Por su parte, SPITTLER señala que las experiencias cotidianas y las comprobaciones empíricas muestran como, en la realidad, cada privación de libertad encierra tendencias adversas a la resocialización¹⁰². Se destaca la pérdida de capacidad de autodeterminación, por la falta de desempeño de las actividades cotidianas de la vida en libertad, que se convierten en una mera actividad rutinaria y dirigida del preso. La socialización carcelaria supone una inmersión en los hábitos carcelarios, que dificultan su posterior readaptación social. La falta de aprovechamiento del sistema informal de ayuda familiar, de conocidos y amigos y finalmente la pena indirecta, relativa al empobrecimiento y la estigmatización de los familiares de los condenados (“efectos colaterales”) son consecuencias evidentes de la pena privativa de libertad. SPITTLER concluye esta visión pesimista de la

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, cit., p. 32.

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, cit., p. 32.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F., en MIR PUIG, S. (Dir.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 62 ss.

¹⁰¹ BARATTA, A., “Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia penal”, RS, vol. núm. 13, 1980, pp. 34, 45 y 46.

¹⁰² SPITTLER, E., “Contribución a una crítica de la ciencia y política criminal”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *La Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1979, p. 94.

resocialización en la cárcel, argumentando que todas las propuestas de tratamiento pueden realizarse en libertad, de forma más barata y variada. Por último, aunque se carezca de datos contrastados, también sin intervenciones jurídicas, se acaban muchas carreras criminales, ya sea por un proceso de maduración y de entrada en la vida de trabajo o por la ruptura con los grupos que propician las actividades ilícitas. Para SPITTLER, estos datos muestran como, en general, la libertad encierra en sí misma muchas y mejores posibilidades de reducir la criminalidad que una ejecución penal orientada terapéuticamente hacia el delincuente¹⁰³.

Desde otra óptica, ROXIN alude a la resocialización como uno de los elementos básicos del Proyecto Alternativo del Código penal alemán, en el que se considera que la ejecución de las penas y medidas de seguridad debe estar organizada, en la medida de lo posible, como ejecución socializadora¹⁰⁴. Agrega ROXIN que amplios sectores de la izquierda autocalificada como progresista, rechazan el concepto de tratamiento porque ven en ello educación para el conformismo, violentando la personalidad, para incorporarse a un sistema desvalorado por ellos. Otros porque no consideran la criminalidad como un síntoma de un fallo en el desarrollo del delincuente, sino de la sociedad, cuya víctima es el delincuente. Por último, está claro que los escrúpulos respecto a la injerencia en la esfera de la libertad personal pesan más cuanto menor sea el hecho punible. ROXIN no considera sostenible la creencia de que un Derecho penal de tratamiento limite excesivamente la libertad personal, pues constituye una injerencia peor, la ejecución de mera custodia y retribución. Este autor entiende que el tratamiento ha de consistir solo en una oferta que implique una colaboración voluntaria y activa del condenado y la terapia puede despertar y fomentar la capacidad del delincuente hacia una comunicación social y constructiva. De este modo, ROXIN considera que sólo queda en el campo contrario el ideario del enemigo del sistema, es decir, aquel que rechaza toda resocialización porque estabiliza la sociedad y debilita los grupos marginales. Este mismo autor aclara que sus propuestas son inmanentes al sistema, es decir, se mueven sobre la base de la democracia parlamentaria de tradición europea-occidental. Quien no quiera mejorar evolutivamente

¹⁰³ SPITTLER, E., en MIR PUIG, S. (Ed.), *La Reforma del Derecho Penal*, cit., pp. 94 ss.

¹⁰⁴ ROXIN, C., “El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *Trabajos del Seminario hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, *Bellaterra*, 1980, p. 83.

esta sociedad, sino que la quiera derribar revolucionariamente, no puede participar en su reforma.

Como conclusión puede considerarse que, si bien el modelo resocializador despertó, a mediados del s. XX, unas expectativas posiblemente desmesuradas que en la práctica no se han cumplido y que sufrió un generalizado y rápido colapso desde mediados de los años 70¹⁰⁵, continúa teniendo valor como función de la pena privativa de libertad, ligada a la prevención especial positiva. Posiblemente pueda tildarse de fin utópico, en muchos supuestos, pero es más positivo y útil que concebir la pena con una función únicamente retributiva. Como señala HASSEMER, existe unanimidad en la idea de que deben buscarse alternativas a la pena de prisión que estigmatiza y desocializa. Si por razones de prevención general o de seguridad para la comunidad, hay casos en los cuales debe aplicarse esta pena, los penados han de poder gozar de un régimen de vida en consonancia a la dignidad humana, con expectativas de un futuro fuera de la prisión y con la libertad de optar por vías que faciliten el cumplimiento de esas expectativas¹⁰⁶.

En el CPE, como en el alemán y en la mayoría de los códigos actuales se contemplan, junto a las penas, las medidas de seguridad como otra forma de reacción frente al delito, aplicable en aquellos casos en que falta la culpabilidad o en que la culpabilidad está atenuada, debido a las circunstancias concurrentes, pero en que existe una peligrosidad manifiesta que ha quedado patente a través de la acción realizada. En estos casos, como señala ROXIN *“la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad”*¹⁰⁷. Las medidas de seguridad responden a la idea de la peligrosidad del autor, que no se elimina mediante la pena. Por tanto, el fin de las medidas de seguridad es de tipo preventivo porque trata de evitar futuros actos delictivos. Partiendo de la finalidad preventivo general o especial de la pena, como señala ROXIN, puede considerarse que pena y medida tienen un mismo fin preventivo,

¹⁰⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 67.

¹⁰⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal* (trads. MUÑOZ CONDE, F. / ARROYO ZAPATERO, L.), Bosch, Barcelona, 1984, p. 357.

¹⁰⁷ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 104.

acercándose esta concepción a la vía única. La tesis de una vía única en los fines de las penas y medidas de seguridad se confirman cuando la ley instaura el “sistema vicarial”, según el cual en caso de imposición simultánea de una pena privativa de libertad y de una medida también privativa de libertad, como el internamiento en un centro psiquiátrico o de desintoxicación, por regla general se ejecuta la medida antes que la pena y se computa a efectos de descontar el tiempo de internamiento de la medida del tiempo de la pena a cumplir en el establecimiento penitenciario¹⁰⁸.

ROXIN menciona de forma diferenciada el internamiento o custodia de seguridad que debe cumplirse después de la pena. También en este caso la medida tiene un fundamento preventivo, ya que la medida persigue a través del internamiento un mero aseguramiento. Por ello debe cumplirse primero la pena que, al tener contenido resocializador, puede hacer superfluo el posterior internamiento o custodia de seguridad. Si efectivamente llega a considerarse que la pena ha conseguido su finalidad resocializadora y la persona en cuestión ya no presenta peligrosidad, será innecesaria la aplicación posterior de la medida de seguridad.

Un aspecto polémico de las medidas de seguridad es el referido a su duración. En este sentido, según JESCHECK, mientras que las penas de prisión están vinculadas a la culpabilidad pasada del autor y, por ello, quedan determinadas de forma precisa, las medidas de seguridad que conllevan privación de libertad se basan en la peligrosidad futura, por lo que pueden entenderse de duración indeterminada sujeta a la persistencia de la peligrosidad¹⁰⁹. El mismo JESCHECK distingue entre la duración indeterminada absoluta y la relativa. Un ejemplo de duración absolutamente indeterminada sería el internamiento en un Hospital psiquiátrico y la custodia de seguridad. Por el contrario, habla de plazos máximos para el internamiento en un centro de desintoxicación por la previsible superación de la toxicomanía.

¹⁰⁸ Como indica ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 107: “esta intercambiabilidad discrecional de la pena y la medida, que se orienta sólo a la dimensión de la efectividad preventiva, prueba indiscutiblemente que el legislador ve el fin de ambas consecuencias jurídicas en la prevención y que solo utiliza como baremo para su aplicación la eficacia al servicio de la prevención de delitos.

¹⁰⁹ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 95.

4. TEORÍAS UNITARIAS O ECLÉCTICAS

Los partidarios de estas teorías consideran que la esencia de la pena es la retribución, pero al mismo tiempo se entiende que con ella también han de perseguirse los fines de la prevención general y de la prevención especial. Estas teorías eclécticas tienen sus antecedentes en el pensamiento de autores clásicos como ARISTÓTELES¹¹⁰ y SANTO TOMÁS DE AQUINO¹¹¹ y, según MIR PUIG, son las predominantes tanto en Alemania como en España¹¹².

Como indica ROXIN¹¹³, las formulaciones más recientes de esta teoría tratan la retribución, la prevención general y la especial como fines de la pena de igual rango y que, en función de las necesidades concretas, puede colocarse en primer plano uno u otro fin de la pena. Entre estas formulaciones está la que defiende el propio ROXIN y que denomina “*La teoría unificadora preventiva*”¹¹⁴ que parte de la idea que “*las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta solo puede perseguir esto, es decir un fin preventivo del delito*”. De ello se deduce que la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena, puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el individuo como sobre la colectividad, ambos se subordinan al mismo último fin y son igualmente legítimos.

Como señala ROXIN solo puede producirse un conflicto entre prevención general y especial en aquellos supuestos en que ambos fines exigen una cuantía de pena diferente (pone, como ejemplo, una riña en la cual un joven causa una lesión con resultado de muerte). Así en un caso concreto, en base a la prevención general, puede parecer adecuado imponer una pena más elevada (tres años de privación de libertad siguiendo el supuesto

¹¹⁰ ARISTÓTELES, *La Política*, obra original publicada en el s. IV a. C. (Ed. y trad. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P. / GARCÍA FERNÁNDEZ, E.), Istmo, Madrid, 2005, *passim*.

¹¹¹ AQUINO, T., *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores cristianos, 1959, *passim*.

¹¹² MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 94.

¹¹³ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 94.

¹¹⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 95 ss.

práctico que presenta este autor) y en cambio las exigencias de la prevención especial aconsejan una pena menos grave (un año en el ejemplo práctico), ya que una pena más elevada contribuiría a la desocialización del autor. Por tanto, ambas soluciones suponen un beneficio preventivo especial por una parte, a cambio de un perjuicio preventivo general por otra. En estos casos es necesario sopesar la eficacia práctica de la aplicación del fin de prevención especial o general y ponerlos en un orden de prelación. ROXIN, entre otros autores, considera que, en caso de contradicción, es preferente la prevención especial resocializadora (por tanto, en el supuesto del ejemplo se aplicaría la pena de un año de prisión con remisión condicional) pues en primer lugar la resocialización es, tanto en Alemania como en España, un imperativo constitucional que no puede ser desobedecido. Por otra parte, tener en cuenta solo los fines de la prevención general puede suponer la frustración del fin preventivo especial, y en cambio la preferencia por la prevención especial no excluye los efectos preventivo-generales de la pena, sino que, como mucho los puede debilitar de una forma difícilmente mensurable, ya que una pena atenuada también tiene efectos de prevención general, siempre que se haga efectiva. Aunque el mismo ROXIN añade que perseguir los fines de la prevención especial no puede significar reducir la pena hasta el punto de que la sanción no sea tomada en serio por la comunidad, ya que ello quebrantaría la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento jurídico.

El significado diverso de la prevención general y especial se pone también de manifiesto en el proceso de aplicación del Derecho penal. Así, el fin de la conminación penal es puramente de prevención general. En cambio, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tener en cuenta, en la misma medida, las necesidades preventivas tanto especiales como generales y, finalmente, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada¹¹⁵. Si entendemos que la pena tiene una finalidad preventiva¹¹⁶, no puede bastar para su imposición solo con la culpabilidad del autor, sino que la pena tiene que ser necesaria también desde un punto de vista preventivo. En consecuencia, el mismo ROXIN concluye: “*si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el*

¹¹⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 97.

¹¹⁶ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 35.

punto de vista preventivo general, existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse”.

Respecto a nuestra regulación, en el art. 25.2 de la CE se dispone que las penas privativas de libertad “*estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”, orientación que, por tanto, puede entenderse como uno de los fines esenciales de la pena con reconocimiento constitucional. Igualmente, en el art. 1 de la LOGP se asigna a las instituciones penitenciarias el “*fin primordial*” de reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, aunque también menciona la retención y la custodia de detenidos, presos y penados.

En definitiva, las teorías absolutas han encontrado muy escasa acogida en el Derecho o en la doctrina penal, debido a que no se entiende como objetivo del Estado moderno la realización de la Justicia absoluta sobre la tierra que respondería más a una función moral o religiosa de la que se quiere desligar al Derecho¹¹⁷. Puede decirse, por tanto, que la mayor parte de la doctrina entiende que las funciones del Derecho penal y de la pena en concreto van más allá de un objetivo meramente punitivo y persiguen finalidades orientadas hacia la prevención general y especial.

5. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA

Como hemos visto, ninguna de las teorías penales tradicionales asigna a la pena finalidad reparadora alguna respecto a la víctima del delito. Estas teorías contemplan la pena como castigo infligido al ofensor con el único objetivo de castigarle por la ofensa cometida, según las teorías retributivas. Ya sea para prevenir en general conductas del mismo tipo con una finalidad disuasoria dirigida al conjunto de la comunidad, con función de prevención general. O para evitar que ese mismo sujeto concreto vuelva a delinquir, poniendo el acento en la prevención especial. Por su parte las medidas de seguridad se centran también en prevenir el peligro de nuevas conductas lesivas. Pero ninguna de estas teorías adopta la perspectiva o hace referencia a las necesidades particulares de resarcimiento de la víctima como justificación o función de la pena. El resarcimiento del

¹¹⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 87.

daño causado se sobreentiende como una cuestión de naturaleza civil. Cabría pensar que, indirectamente, las teorías retributivas pretenden ofrecer una determinada respuesta a aquellas víctimas cuya petición de justicia queda colmada únicamente con la pena-retribución, como satisfacción del ánimo de venganza, que pudiera tener la víctima, a través de la punición. Pero la mera venganza no es un sentimiento racional ni como tal puede ser apoyado ni reconocido por el Derecho como único objetivo.

Frente a esta idea de la función del Derecho penal limitada básicamente a la punición, la reparación, constituye un concepto muy amplio que aparece en el Derecho penal como una tercera opción o una nueva respuesta frente al delito, junto a las penas y a las medidas de seguridad¹¹⁸. Se ha comprobado en la práctica que la mayoría de las víctimas, excepto en casos de delitos violentos, prefieren una adecuada reparación del daño sufrido antes que la imposición de una pena pública al victimario que no les hace sentir compensadas, ya que esa pena no neutraliza el daño producido por el delito. Por ello, en palabras de QUINTERO OLIVARES “*se extiende la convicción de que el Derecho penal puede acoger respuestas diferentes de las estrictamente punitivas, sin por ello perder su función esencial, lo que se sintetiza en la idea de que es posible aplicarle la pena, pero no que sea imprescindible, necesario y útil hacerlo*”. El mismo autor añade que la reflexión sobre esta nueva dimensión del fundamento de la pena es la que guía la teoría del delito y de la pena en las corrientes que se desarrollan en Europa a finales del s. XX, incluso más allá de la mediación¹¹⁹.

En esta línea, ROXIN destaca que, a pesar de su todavía escasa aplicación práctica, “*hay motivos convincentes a favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal*”. Entiende que con ello se sirve mejor a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de una multa que a menudo frustran una reparación del daño por parte del autor. Bajo esta concepción, la reparación no es entendida meramente una cuestión jurídico-civil sino que también “*contribuye esencialmente*” a la consecución de los fines de la pena. SE pone en valor, además, el efecto resocializador de

¹¹⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 87 ss.

¹¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho penal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Mayor, 2015, p. 743

la reparación, ya que obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias del acto cometido y a conocer directamente cuales son los intereses legítimos de la víctima que ha vulnerado. Se abre con ello la posibilidad de una reconciliación entre autor y víctima, facilitando la reintegración del victimario y potenciando la prevención reintegradora. Todo ello le conduce a contemplar y valorar la reparación como una “tercera vía” de nuestro sistema de sanciones, cuya legitimación político-jurídica la proporciona precisamente el principio de subsidiariedad¹²⁰.

ROXIN considera que la reparación puede cumplir plenamente, en muchos casos, excepto en los delitos más graves, los fines de la pena de prevención general positiva y prevención especial, pudiendo dar lugar a una sustitución o atenuación de la pena que quedaría legitimada por el carácter subsidiario del Derecho penal. Estas concepciones de ROXIN¹²¹ acerca de la reparación como tercera vía quedaron plasmadas en el Proyecto Alternativo que surgió como respuesta por parte de reconocidos penalistas alemanes al Proyecto oficial de modificación del Código Penal alemán y cuyos planteamientos reformadores obtuvieron una enorme repercusión en toda la doctrina penal occidental. El Proyecto Alternativo en su párrafo primero recoge que el objetivo es la restauración de la paz pública, y lo fundamenta en la doble exigencia de prevención especial y general, entendida ésta en su variante positiva de prevención por integración (tal como defiende ROXIN). Los efectos preventivo generales y preventivo especiales, reducidos ambos a su versión positiva, se encuentran firmemente entrelazados en la exposición elaborada por el grupo de autores del Proyecto. La conciencia del Derecho en la comunidad se confirma y restablece a consecuencia de los efectos de confianza y de satisfacción a la víctima que genera la reparación. Al reconocer el autor, mediante la compensación, la vigencia de la norma violada (con las expectativas de reintegración social que el gesto provoca) la comunidad se siente resarcida y satisfecha respecto a su confianza en el Derecho. El Proyecto ya preveía que, en todos los estados de la causa, prevaleciese el concepto de reparación de los daños. En caso de éxito se establecía que en el ámbito de los delitos sancionados con penas de prisión de hasta un año, por norma general, se renunciara a la

¹²⁰ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 108 y 109.

¹²¹ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., pp. 109 ss.

acusación y a la pena. Sus consecuencias prácticas eran muy importantes porque tan solo una pequeña parte de los condenados lo eran por una pena de cárcel superior a 1 año.

ROXIN se manifiesta abiertamente a favor de la reparación, afirmando que su inclusión en el sistema sancionatorio supone “*la única conquista político criminal importante del Derecho penal alemán en los últimos veinte años*”¹²². Esta idea, según el propio autor, se basa en la combinación de tres metas centrales: la conciliación de la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho. El mismo Derecho penal alemán, en base a la idea de reparación del Proyecto Alternativo, en su § 46a prevé que en caso de mediación entre el autor y la víctima o, si existe una propuesta seria de reparación, la pena se atenúe e incluso se prescinda de ella si se trata de una pena privativa de libertad inferior a 1 año.

ROXIN refuerza la idea de reparación como tercera vía al entender que “*representa una novedosa forma de sanción que aparece independientemente, al lado de las penas y de las medidas de corrección y de seguridad conocidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos*”¹²³. Entiende, por tanto, la reparación, bajo este concepto de tercera vía, como una sanción cuya importancia reside precisamente en el principio de subsidiariedad del Derecho penal, ya que, al ser la medida político-social más severa, únicamente debe aplicarse cuando el resultado no pueda alcanzarse por otros medios menos gravosos. Por tanto, según este autor “*la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal*”¹²⁴. Precisamente, autores como GALAIN PALEMO ponen en valor el esfuerzo que realiza el victimario para reparar a la víctima, al afirmar que la tarea de reparación en el ámbito penal requiere del autor más que la mera indemnización civil del daño, a la que de todas formas está obligado¹²⁵. A nivel del sistema penal GALAIN PALERMO entiende necesaria una reorientación que tenga en cuenta las necesidades de la

¹²² ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 35.

¹²³ ROXIN, C., “Pena y reparación”, ADPCP, tomo 52, Fasc / Mes 1-3, 1999, p. 13.

¹²⁴ ROXIN, C., ADPCP, tomo 52, Fasc / Mes 1-3, 1999, pp. 13 y ss.

¹²⁵ GALAIN PALEMO, P., *La Reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 84.

víctima directa y en particular la reparación del daño. Además, considera que esta reconsideración de los intereses de la víctima debería llevarse a cabo ex post y no ex ante en el momento de la creación del bien jurídico¹²⁶.

En definitiva, la reparación supone la posibilidad de restaurar la situación anterior, materializando una actuación de desagravio a favor del ofendido. Implica también la responsabilización del infractor, que tendrá la oportunidad de reparar, directamente a la víctima o indirectamente realizando alguna actividad útil para la comunidad, compensando así, con un acto positivo, el daño causado. Esta dinámica puede generar un ejemplo altamente eficaz, en términos de prevención general, ya que se produce una reafirmación de la norma ante la comunidad mediante una acción valorada como positiva y voluntaria del que la ha infringido. Estas acciones positivas redundan en beneficio de la colectividad, restauran la paz entre los implicados y suponen un aprendizaje social para todos. Por todo ello, teniendo en consideración estas múltiples ventajas, tanto para la víctima como para el victimario, ROXIN propone introducir la reparación a la víctima del delito como tercera vía, es decir, como una tercera consecuencia jurídico-penal del delito, junto a las penas y las medidas de seguridad. ROXIN defiende además que la reparación puede cumplir plenamente los fines de la pena (la prevención general positiva y la prevención especial) comportando una sustitución o atenuación de la misma que, estaría legitimada por el carácter subsidiario o de *última ratio* del Derecho penal. En este sentido, ROXIN señala respecto a la prevención especial 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 del tratamiento”*¹²⁷. El delincuente toma conciencia de los efectos de su acto y reconoce el legítimo interés de la víctima, lo cual permite, con más garantía de éxito que con la pena, que el autor asuma el esfuerzo reparatorio y reconozca el valor de la norma.

¹²⁶ GALAIN PALEMO, P., *La Reparación*, cit., pp. 84 y 85.

¹²⁷ ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones” (trad. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.), en *Jornadas sobre la Reforma del derecho penal en Alemania*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 19 ss.

En orden a la prevención general positiva, ésta es entendida en su variante estrictamente positiva de prevención por integración, ya que presta una significativa contribución al restablecimiento de la paz pública. O como también afirma JAKOBS (representante principal de la teoría de la prevención general positiva) una vez arreglado el conflicto de forma que la víctima resulte adecuadamente reparada, la sociedad no tiene dudas acerca de la vigencia de la norma ni de su afirmación¹²⁸.

6. EL PAPEL DE LA CRIMINOLOGIA Y LA VICTIMOLOGÍA EN LAS CIENCIAS PENALES

6.1. La Criminología

Siguiendo a LARRAURI PIJOAN, la criminología estudia los comportamientos y actos delictivos y la forma como la sociedad responde a estos comportamientos¹²⁹. La misma autora entiende que se trata de una *ciencia social*, pues su conocimiento parte de la observación y del análisis de la realidad de la delincuencia y de cómo funciona el sistema penal, aceptando que los criminólogos parten del concepto legal de delito¹³⁰. Puede deducirse que la criminología persigue objetivos distintos, aunque a la vez, complementarios al Derecho penal.

Como señala GÓMEZ MARTÍN “*la Criminología clásica informa sobre el delito, el delincuente, el mundo que le circunda y la víctima como fenómenos de la realidad, sirviéndose de métodos de distintas ciencias naturales y sociales y cuya principal finalidad consiste en explicar las causas (etiología criminal) o las formas de aparición (fenomenología criminal) del delito*”¹³¹. Para la ciencia jurídica es importante ya que según BÜLLESBACH, proporciona el saber sobre los hechos, así como su interpretación,

¹²⁸ JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 6 ss.

¹²⁹ LARRAURI PIJOAN, E., *Introducción a la criminología y al sistema penal*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2018, p. 15.

¹³⁰ LARRAURI PIJOAN, E., *Introducción*, cit., pp. 15 y 17.

¹³¹ GÓMEZ MARTÍN, V., *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?*, IEIJ, Nicaragua, 2007, p. 50.

permitiendo a los penalistas, que piensan con categorías normativas, abrirse a la realidad social¹³².

REDONDO ILLESCAS / GARRIDO GENOVÉS entienden que después de casi dos siglos de investigación científica sobre la Criminología pueden deducirse dos importantes constataciones sobre la naturaleza de la delincuencia que tienen consecuencias sobre la propia concepción y definición de esta disciplina. En primer lugar, que la delincuencia es un problema real que varía de intensidad en función del tipo de sociedad humana. Consistiendo en que determinadas personas utilizan la fuerza física o el engaño para conseguir sus propios objetivos perjudicando a otras personas o grupos sociales. La segunda conclusión que extraen REDONDO ILLESCAS / GARRIDO GENOVÉS complementa la anterior y consiste en entender que la delincuencia es, además de una realidad fáctica, un fenómeno construido a partir de la reacción de rechazo social que genera entre la ciudadanía¹³³. Estos mismos autores explican que la metodología utilizada en las investigaciones criminológicas es semejante a la empleada en las ciencias sociales y naturales, poniendo como ejemplo la sociología, la psicología o la biología. Todas ellas utilizan estrategias de análisis empírico partiendo de la observación de los fenómenos de los que se ocupan y el establecimiento de hipótesis, explicaciones y predicciones que parten de sus observaciones¹³⁴.

En el análisis relativo al objetivo o a la utilidad de la Criminología, CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN señalan, en primer lugar, que pretende ser útil para prevenir el delito y en segundo lugar destacan también su utilidad para el conjunto del sistema penal. Respecto a la importancia de la prevención, los investigadores criminólogos parten en su labor de las teorías globales sobre la delincuencia, de los estudios sobre delitos concretos y de las investigaciones relativas a los diversos agentes e instituciones que se ocupan directa o colateralmente de la prevención del delito¹³⁵. Como destacan estos mismos

¹³² BULLESBACH, A., “La Ciencia Jurídica ante las ciencias sociales” (trad. FARIÑAS DULCE, M.J.), en KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. / ROBLES MORCHÓN, G. (Coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 381.

¹³³ REDONDO ILLESCAS, S. / GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios de Criminología*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 46 y 47.

¹³⁴ REDONDO ILLESCAS, S. / GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios*, cit., p. 130.

¹³⁵ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 22.

autores, la prevención puede llevarse a cabo desde diferentes instituciones y se distingue generalmente entre una prevención primaria que va destinada a toda la población, una secundaria dirigida a determinados grupos de riesgo y otra terciaria centrada en personas que han cometido un delito. En función de esos diferentes destinos, las estrategias preventivas correspondientes pueden desarrollarse por un Ayuntamiento, por un centro policial o bien por las escuelas o institutos de enseñanza¹³⁶.

HASSEMER / MUÑOZ CONDE, defienden que junto al saber normativo es imprescindible el saber empírico que brinda la Criminología que desde hace más de un siglo ofrece datos, más o menos fiables, sobre la criminalidad y el delito¹³⁷. Estos autores señalan que el interés del jurista penalista ha estado mucho tiempo anclado en el saber normativo, pero la necesidad de comprobar que el Derecho penal consigue eficazmente las consecuencias que pretende, hace de la verificación empírica que aporta la criminología un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo¹³⁸. Es también interesante la distinción entre criminalidad y delito que realizan HASSEMER / MUÑOZ CONDE entendiendo el delito como el comportamiento punible de una determinada persona y la criminalidad como el conjunto de todas las acciones y omisiones en un determinado ámbito espacial y temporal¹³⁹. Esta distinción permite poner de relieve que la conducta criminal es objeto del Derecho penal como fenómeno social (criminalidad) y como acto individual (delito), aunque estos autores matizan que ni la criminalidad se puede explicar solo desde la perspectiva de las Ciencias sociales, ni el delito exclusivamente desde la óptica de las Ciencias humanas¹⁴⁰.

A lo largo de su historia la Criminología se ha enfocado desde distintas teorías, predominando en el debate actual las teorías del comportamiento desviado. Desde un punto de vista etiológico, estas teorías pueden dividirse en dos grupos: aquellas que ven en el individuo el origen de la desviación y las que lo ven en las relaciones sociales. Las teorías individualistas se diferencian, a su vez, en teorías bioantropológicas (delincuente

¹³⁶ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías*, cit., pp. 22 y 23.

¹³⁷ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 15.

¹³⁸ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, p. 15.

¹³⁹ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., p. 27.

¹⁴⁰ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., p. 27.

nato según LOMBROSO, que como recuerda GÓMEZ MARTÍN analiza el delincuente desde un punto de vista antropológico) y teorías psico-dinámicas que consideran que el problema de la desviación se debe a que las inclinaciones naturales no se pueden reprimir mediante mecanismos de control interno que se han mostrado inoperantes¹⁴¹.

Las teorías que ponen su acento en las condiciones sociales bajo las que se comete el delito son las teorías de la anomia, de la transferencia cultural y las teorías del estigma (*labeling theories*). La teoría de la anomia, expuesta por autores como MERTON¹⁴², explica los comportamientos desviados como una ruptura de la cohesión social o como una discrepancia entre los objetivos definidos culturalmente y los medios limitados para su obtención. Según las teorías de la transferencia cultural, el comportamiento desviado es objeto de aprendizaje dentro de una asociación diferenciada en la que se asimilan las actitudes propias de la criminalidad, por ejemplo, en las pandillas. Bajo las teorías del estigma o de la etiqueta (*labeling theories*) que surgen en la década de los años sesenta del s. XX, la sociedad atribuye la criminalidad a individuos o grupos de forma más o menos arbitraria. La estigmatización fomenta la identidad desviacional y constituye, en último término, un indicio de desviación secundaria. Como afirma LARRAURI PIJOAN, desde el momento en que uno asume su nueva identidad, ésta le ayuda a integrarse en el nuevo grupo social, sintiéndose respaldado por ese grupo. La nueva identidad absorbe el resto: a la persona se la reconoce como “ladrón” ignorando otras cosas que también es. El desviado es aquél a quien se le ha aplicado con éxito el etiquetamiento. Esta nueva identidad tendrá consecuencias significativas en su comportamiento. Si es un ladrón irá con ladrones, actuará como ellos. La etiqueta actúa como “*profecía autocumplida*”: el definido como ladrón acaba siendo ladrón¹⁴³. La ironía reside en que el sistema penal orientado a disminuir el número de delincuentes provoca con su proceso de etiquetamiento que el sujeto asuma la identidad de delincuente y actúe como delincuente, que era precisamente el efecto que pretendía evitarse.

¹⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, V., *¿Tiene cabida el Derecho...?*, cit., pp. 73 ss.

¹⁴² MERTON, R.K., “Estructura social y anomia”, en FROMM, E. (Coord.), *La familia*, 6ª ed., Península 1986, pp. 67 y ss.

¹⁴³ LARRAURI, E., *La herencia de la Criminología Crítica*, Siglo XXI, Madrid, 2000, pp. 36 ss.

CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN destacan esta variedad de teorías criminológicas que pueden enfocarse desde la tradición sociológica de la Criminología y que se centran en las características del grupo social considerado influyente en el nivel de delincuencia de una sociedad. O bien desde la tradición psicológica de la criminología que se focaliza en las características del individuo consideradas relevantes para entender su actividad delictiva¹⁴⁴. Estos autores estiman que en el s. XXI no se dan las condiciones para descartar ninguna de las teorías importantes, lo que sugiere su posible integración. Esta integración exigiría aceptar que el objetivo básico de las teorías criminológicas es establecer factores asociados a la delincuencia, con lo que es muy posible que un fenómeno delictivo aparezca asociado con factores señalados por diversas teorías, llegando a la conclusión de que la competencia entre las teorías es empírica, no teórica. CID MOLINE / LARAURI PIJOAN concluyen que el debate entre estas teorías no lleva tanto a descartar ninguna de ellas como a jerarquizarlas por su mayor o menor capacidad explicativa del fenómeno de la delincuencia¹⁴⁵.

BÜLLESBACH afirma que el interés científico de la Criminología actual se ha trasladado de la investigación de los comportamientos desviados a la investigación de las instancias de control social (policía, ministerio fiscal, cárcel, tribunales)¹⁴⁶. Siguiendo a BÜLLESBACH, la estructura comunicativa de la relación policía-población tiene como consecuencia que las actividades de la policía no se determinan solo por las normas jurídicas, sino también por las interpretaciones y las perspectivas de comportamiento, produciéndose “una interacción circular”. Si, por ejemplo, un funcionario de policía está convencido de que alguien no le respeta, manifestará una actitud recelosa, ante la cual, el entorno reaccionará probablemente con agresividad, demostrando así su hipótesis inicial. El interesado ve su comportamiento solo como una reacción al comportamiento del otro, pero no como su causa provocadora¹⁴⁷. El principio de orientación a las consecuencias significa que el Derecho penal se encuentra bajo una elevada exigencia de legitimación,

¹⁴⁴ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías*, cit., pp. 254 y 256.

¹⁴⁵ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías*, cit., pp. 255 y 256.

¹⁴⁶ BULLESBACH, A., en KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. / ROBLES MORCHÓN, G. (Coords.), *El pensamiento jurídico*, cit., pp. 383 ss.

¹⁴⁷ BULLESBACH, A., en KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. / ROBLES MORCHÓN, G. (Coords.), *El pensamiento jurídico*, cit., pp. 386 ss.

sin la cual como afirma HASSEMER, la teoría del Derecho penal “*se retrotraería al bastión de la pura retribución de la culpabilidad*”¹⁴⁸.

El enfoque hacia las consecuencias del Derecho penal exige un mejor conocimiento del autor y de la víctima, lo que determina que el sistema del Derecho penal se abra a las ciencias empíricas, que los penalistas trabajen con hipótesis y resultados empíricos, que la Criminología, como ciencia del hecho punible, del autor y de la víctima adquiera un lugar destacado en el interés jurídico-penal y en la formación de los penalistas.

En definitiva, la Criminología participa, de forma destacada, en la búsqueda de respuestas al delito que sean útiles para sus protagonistas. A la víctima, a través de la Víctimología, pero también útiles a fin de acertar el tratamiento más adecuado para la persona que ha delinquido. Así como en el diseño de nuevas directrices político-criminales más acordes con la conflictividad criminal real, y con un modelo de sociedad en el que las respuestas meramente punitivas se muestran, a menudo, insuficientes tanto para la víctima como para el victimario o para la propia sociedad.

6.2. La Victimología

TAMARIT SUMALLA / PEREDA BELTRAN destacan de la Victimología su carácter de “*disciplina emergente que surge de la preocupación ante el olvido de la figura de la víctima en el estudio de la delincuencia*”¹⁴⁹. Como recuerdan VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ fue el abogado rumano BENIAMIN MENDELSON quien en 1947 utilizó el término “Victimología” por primera vez en una conferencia que pronunció en Bucarest invitado por la Sociedad psiquiática de esta ciudad. De ahí que se le considera el padre de la Victimología¹⁵⁰.

¹⁴⁸ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 34.

¹⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M. / PEREDA BELTRAN, N., *Victimología, Material UOC*, FUOC, Barcelona, 2013, p. 3.

¹⁵⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, Síntesis, Madrid, 2019, p. 13.

ALLER describe la Victimología como “*un campo de estudio científico de orden interdisciplinario que alberga diferentes expresiones del saber*”¹⁵¹. Este mismo autor entiende que, la Victimología como ciencia vinculada al fenómeno criminal, surge de la Criminología, escindiéndose de ella y evolucionando hacia su autonomía¹⁵². CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN recuerdan que, pese a que la Victimología se establece como disciplina autónoma, muchos criminólogos objetan tal autonomía entendiendo que el estudio de la delincuencia comporta necesariamente el análisis de las relaciones que se producen entre el delincuente y la víctima¹⁵³. Estos mismos autores entienden que la entrada de la víctima en la Criminología responde al interés de mejorar la comprensión del delito y del delincuente, pero también a una reivindicación de la figura de la víctima, frente a una Criminología que se había centrado exclusivamente en la persona del delincuente.¹⁵⁴

Es evidente que estamos ante una disciplina joven que, al decir de MORILLAS FERNÁNDEZ / PATRÓ HERNÁNDEZ / AGUILAR CÁRCELES no es hasta 1973 cuando internacionalmente empieza a consolidarse como disciplina científica en el ámbito de las Ciencias penales y a reconocerse también desde la propia sociedad. Sin olvidar que las primeras voces a favor de la importancia de la figura de la víctima habían surgido ya a finales de los años 40 del siglo XX¹⁵⁵. A MENDELSON se le atribuye la denominación, tal como hemos visto anteriormente, aunque es común como destacan VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ, atribuir al criminólogo alemán HANS VON HENTING la condición de pionero o precursor de la Victimología a través de su célebre obra “*The criminal and his victim*” (1948)¹⁵⁶. Pese a ello, es obvio, como recuerda ALLER, que la víctima siempre ha existido, pero a partir del desarrollo del Estado como institución poderosa, dicha figura fue perdiendo protagonismo hasta llegar a su despersonalización y a su abandono material y formal¹⁵⁷.

¹⁵¹ ALLER, G., *El Derecho penal y la Victimología*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015, pp. 1 ss.

¹⁵² ALLER, G., *El Derecho penal y la Victimología*, cit., p. 5.

¹⁵³ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías*, cit., p. 18.

¹⁵⁴ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías*, cit., pp. 18 y 19.

¹⁵⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. / PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. / AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2012, *passim*.

¹⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción*, cit., p. 14.

¹⁵⁷ ALLER, G., *El Derecho penal*, cit., p. 3.

La Victimología ha sido definida por RUBIO LARA como el estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito, y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima de un crimen¹⁵⁸. Este mismo autor, distingue entre “victimización primaria” entendida como los factores de riesgo por los que una persona puede convertirse, con más frecuencia que otras, en víctima y “victimización secundaria” como las secuelas, especialmente de tipo psicopático, que sufre la víctima y que pueden requerir una atención médica, además de la reparación o indemnización correspondiente¹⁵⁹; victimización secundaria a la que puede contribuir incluso la propia estructura y rigidez del procedimiento judicial. En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ manifiestan que, a pesar de que el procedimiento penal se dirige contra el victimario, de forma colateral, cabe que produzca efectos nocivos para la víctima, convirtiéndose en una experiencia victimal que puede llegar a ser más negativa incluso que la primera¹⁶⁰.

Como afirma HASSEMER, el interés por la víctima ha sido históricamente insignificante. La Criminología, desde sus inicios, es una ciencia orientada al delincuente y solo recientemente empieza a interesarse por la víctima a través de la Victimología como ciencia dedicada a la víctima. A pesar de esta relegación histórica de la figura de la víctima, es innegable, como destaca ALLER, que actualmente existe un renovado interés por la cuestión victimológica¹⁶¹. Este interés podría ser meramente una moda pasajera o bien tratarse de volver de forma auténtica “*la mirada sobre la víctima para sacarla del cono de sombra a que ha sido injustamente relegada*”¹⁶². Es deseable que se trate de lo segundo y que, por fin, la figura de la víctima sea reconocida y estudiada con la importancia, valor y protagonismo que se merece.

¹⁵⁸ RUBIO LARA, P.A. / OSUNA CARRILLO D E ALBORNOZ, E. / SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. / TORRES SÁNCHEZ, C. / HERNÁNDEZ DEL RINCÓN, J.P. / CATALÁN FRÍAS, M.J. / LUNA MALDONADO, A. / ALIAGA CASANOVAS, A.C. / DÍAZ JIMÉNEZ, J.J., *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 23.

¹⁵⁹ RUBIO LARA, P.A. / OSUNA CARRILLO D E ALBORNOZ, E. / SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. / TORRES SÁNCHEZ, C. / HERNÁNDEZ DEL RINCÓN, J.P. / CATALÁN FRÍAS, M.J. / LUNA MALDONADO, A. / ALIAGA CASANOVAS, A.C. / DÍAZ JIMÉNEZ, J.J., *Victimología Forense*, cit., p. 23 s.

¹⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción*, cit., p. 28.

¹⁶¹ ALLER, G., *Dogmática de la acción y praxis penal*, B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 152.

¹⁶² ALLER, G., *Dogmática de la acción y praxis penal*, cit., pp. 152 y ss.

LARRAURI PIJOAN afirma que, precisamente, uno de los problemas con los que tuvo que enfrentarse la Criminología crítica en la década de los ochenta fue la aparición de la víctima. Esta autora expone varios estudios victimológicos que demuestran que cuando la víctima acude a la policía, no la guía básicamente el interés por iniciar un proceso penal, o conseguir un castigo, sino más bien, la compensación por el daño padecido ¹⁶³. En la realidad, el sistema penal se pone en funcionamiento, sin tener en consideración los auténticos deseos y necesidades de la víctima, en palabras de CHRISTIE se le “*roba el conflicto a la víctima*” ¹⁶⁴.

Algunos autores han negado la existencia de la Victimología como disciplina científica, aunque siguiendo a VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ pocos defienden actualmente esta idea negacionista. Contrariamente se puede afirmar que la Victimología posee un objeto propio de estudio que es la víctima y reúne las características necesarias para ser considerada una ciencia fáctica. El método científico permite explicar empíricamente el fenómeno a analizar. La Victimología utiliza, en definitiva, métodos de investigación propios, como las encuestas de victimización que permiten conocer mejor el fenómeno de la victimización ¹⁶⁵. A título de ejemplo, respecto a la importancia de dichas encuestas, MURRIÀ SANGENÍS / GONZÁLEZ MURCIANO señalan que la Encuesta de Victimización de Barcelona, ampliada en 1990 a su área metropolitana, (EVAMB) fue una experiencia pionera en el campo de la seguridad urbana. Supuso el impulso de un modelo de toma de decisiones basado en el conocimiento, un modelo que contribuye de forma muy destacada a la prevención de la inseguridad. La implementación de esta encuesta significó el origen de un instrumento de conocimiento sobre la seguridad que, actualmente “*cuenta con una de las series históricas más largas de Europa y de todo el mundo a nivel local*” ¹⁶⁶.

¹⁶³ LARRAURI PIJOAN, E., *La herencia.*, cit., pp. 231 ss.

¹⁶⁴ CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, cit., *passim*.

¹⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción*, cit., pp. 14 s.

¹⁶⁶ MURRIÀ SANGENÍS, M. / GONZÁLEZ MURCIANO, C., “Usos de la EVAMB en el diseño de políticas de seguridad y la toma de decisiones”, en MURRIÀ SANGENÍS, M. / SOBRINO GARCÉS, C. / GONZÁLEZ MURCIANO, C. (Eds.), *30 años de la Encuesta de Victimización del Área Metropolitana de Barcelona. Vigencia y uso de las encuestas de seguridad en las metrópolis*, Institut d’Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona (IERMB), Bellaterra, 2020, pp. 67 s.

La Victimología reclama, por tanto, la recuperación del protagonismo de la víctima, una mayor atención hacia su problemática específica y reivindica una intervención más relevante, no solo en los instrumentos enfocados a la prevención, sino también en la gestión y resolución del conflicto.

7. RECAPITULACIÓN

En este primer capítulo se han expuesto, de forma breve, las funciones del Derecho penal, a través de las diferentes teorías que han tratado de explicar o justificar la existencia y el fundamento de la pena y su finalidad o finalidades. Se parte de la pena como reacción legalmente establecida, dictada y ejecutada ante la comisión de determinados actos considerados como lesivos y su evolución a lo largo de distintas épocas.

Además de la pena como respuesta tradicional ante la comisión de un hecho tipificado como delito, en este capítulo empieza a introducirse la posibilidad de la reparación como una nueva forma de reacción ante el hecho delictivo, ya sea como complemento a la pena o como respuesta alternativa a la pena, entendida, como hemos visto por ROXIN como “tercera vía” o tercera opción en relación a las penas y a las medidas de seguridad.

Adentrarnos en las formas de reacción tradicionales ante el delito y conocer las limitaciones que puede comportar su función de inspiración básicamente punitiva, puede ayudar a comprender la necesidad actual de ampliar y diversificar el tipo de respuestas ante el delito. ¿Por qué no plantear, la oportunidad de abrir un nuevo abanico de posibles consecuencias que ofrezca una mayor adaptación a las peculiaridades y necesidades del caso concreto y sobre todo de sus protagonistas, sin menoscabo de la prevención especial, ni de la general, ni de la seguridad ciudadana y con pleno respeto las garantías penales?

Pero no solo el Derecho penal es objeto de interés para este trabajo y para las personas que se adentran en el mundo penal, sino que la Criminología y la Victimología se abren paso como dos disciplinas en auge, con instrumentos y metodologías propias de carácter predominantemente empírico, cuyo desarrollo y aplicación proporcionan elementos muy útiles para el conocimiento del delito y de sus protagonistas. El papel de ambas deviene

cada vez más importante para tomar conciencia y entender, desde una proyección eminentemente práctica, las repercusiones reales del delito y de la pena, tanto respecto a la persona que lo comete, como sobre la víctima, sus respectivos entornos familiares y en general respecto a toda la sociedad.

CAPÍTULO II.

HUMANIZACIÓN DE LA PENA Y SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

1. DIGNIFICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El sistema penal a través de la historia, con avances y retrocesos, ha evolucionado en una línea humanizadora de las penas en general y de la pena privativa de libertad en concreto. La pena de prisión ha experimentado cambios en un sentido limitador y humanizador, tanto en su faceta de duración temporal como en la forma de su aplicación práctica, incluyendo el espacio físico en el que se desarrolla y cumple esta pena. Además, en la práctica, ya no es la pena de aplicación más usual en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales. No por ello ha dejado de ser una de las fórmulas de sanción más tradicional y a la vez más grave, con la que responde el sistema penal ante la comisión de un hecho tipificado como delito.

La pena privativa de libertad, a pesar de que, prácticamente desde su nacimiento, está en permanente crisis, continúa ocupando un lugar destacado en el sistema actual de penas y son muchos los autores que consideran que no puede prescindirse de ella, respecto a la criminalidad media y grave¹. No obstante, ya desde finales del s. XIX, existe una corriente doctrinal orientada a delimitar y humanizar su ejecución a través de distintas instituciones que se han ido ampliando y que están orientadas en ese sentido.

Según MIR PUIG, el principio de humanidad de las penas es posiblemente el que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del sistema penal contemporáneo². En los años 60 del siglo XX, el panorama de la pena privativa de libertad inició una considerable transformación. El concepto del fin de la pena empieza a desplazarse de la retribución a la prevención³, plasmándose esta evolución en el *AE* alemán de 1966. Para ROXIN, la responsabilidad penal supone la culpabilidad del autor y además la necesidad de pena,

¹ GRACIA MARTÍN, L, *Tratado*, cit., pp. 95 ss.

² MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 693 ss.

³ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 23.

desde el punto de vista preventivo general y especial. Las necesidades preventivas nunca pueden conducir a imponer una pena a un sujeto que no es culpable. Pero la culpabilidad tampoco puede legitimar la imposición de una pena, si esta no es necesaria desde el punto de vista preventivo⁴.

A partir de la segunda mitad del s. XX las críticas al sistema penal, en general, van en aumento desde diferentes sectores, especialmente desde la criminología crítica, que reclama la reforma urgente del Derecho penal tradicional. Dentro de esta corriente BARATTA señala que el sistema punitivo produce más problemas de los que pretende resolver y que al reprimir los conflictos, éstos adquieren un carácter más grave⁵. Respecto a la cárcel, el mismo autor dice que “*sirve para la producción y reproducción de los delincuentes*” y destaca el coste social de la intervención penal y los efectos de la pena sobre los condenados y sobre su ámbito familiar y social. Además, pone de relieve la desigualdad que provoca en las familias de los condenados más desfavorecidos⁶.

En los años 60 del s. XX se vivió un movimiento descarcelador que no consiguió reducir el uso de la prisión, pero impulsó una corriente de replanteamiento y reflexión que quedó reflejada en el Proyecto Alternativo alemán de 1966 (AE por sus iniciales en alemán). Como señala ROXIN, concluida la segunda guerra mundial Alemania emprendió la tarea de restablecer y reformar un Derecho penal para ajustarlo al Estado Social de Derecho. Surgió así el Proyecto oficial de 1962, que reunió en una propuesta global los resultados de los proyectos anteriores y las conclusiones de trabajo de una “Comisión de los Estados Federados para la gran reforma del Derecho penal”⁷. Este Proyecto de 1962 no llegó a convertirse en Ley, pero influyó en la redacción del CP. ROXIN considera que este Proyecto aportó una contribución significativa en sus fundamentos jurídico-dogmáticos, en cambio no estuvo acertado en el campo político criminal ni en el sistema de sanciones. Basado en una orientación iusnaturalista cristiana intentó convertir exigencias de la ley moral en modelo de legislación penal.⁸ Esto condujo a mantener la punibilidad del

⁴ ROXIN, C., *La evolución*, cit., pp. 24 ss.

⁵ BARATTA, A., *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 302 y ss.

⁶ BARATTA, A., *Criminología y Sistema Penal*, cit., pp. 24 y ss.

⁷ ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., pp. 120 y ss.

⁸ ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., pp. 120 y ss.

adulterio, de la homosexualidad y de otras actuaciones consideradas ataques contra la “moralidad”. Todo ello motivó la oposición al Proyecto por parte de amplios sectores públicos y científicos y la génesis del *AE* publicado en 1966 por 14 catedráticos de Derecho penal. Los redactores del *AE* defendían una posición contraria al Proyecto oficial de 1962 en la teoría de la pena, la regulación de las sanciones y el ámbito del concepto material del delito, y, por ello, tuvo una decisiva influencia en la discusión posterior.

Manténía como fines de la pena la prevención general y especial, renunciando a la idea de retribución y utilizando el principio de culpabilidad como límite superior de la pena. El sistema de sanciones del *AE* estaba orientado a la prevención especial. La pena privativa de libertad inferior a 6 meses, contraria a la resocialización, quedaba suprimida y como medida de seguridad frente a los reincidentes crónicos, se proponía la creación de un centro de terapia social. Restringió la punibilidad y eliminó toda tendencia moralizante. Sus postulados tuvieron una evidente repercusión, no solo sobre las posteriores reformas del Derecho penal alemán, sino que también influyeron en otros Códigos penales de países europeos, entre ellos el Código penal español de 1995⁹.

ROXIN explica que el Proyecto del 1962 tenía una orientación conservadora, en cambio el *AE* de 1966, respondía a una corriente liberal y social, a pesar de que ambos presentaban importantes puntos en común, como el mantenimiento de la doble vía y el principio de culpabilidad¹⁰. El *AE* recogió las tendencias de la doctrina penal más progresista de la época, en especial la contención de la pena privativa de libertad y obtuvo una enorme trascendencia en la política criminal moderna de Europa. Muchos autores entienden que, con el *AE* se inicia una paulatina introducción de medidas de sustitución de la pena de prisión¹¹. Estas disposiciones del *AE* fueron parcialmente recogidas más tarde en el CP alemán y supusieron el germen de la futura “tercera vía” que comenzó a desarrollarse de forma efectiva en la década de los años 80 del siglo XX.

⁹ CANO PAÑOS, M.A., “50 años del Proyecto Alternativo del Código penal alemán (1966-2016)”, Cuadernos de Política Criminal, segunda época, núm. 119, 2016, pp. 73 ss.

¹⁰ ROXIN, C., Derecho penal, cit., pp. 123 ss.

¹¹ BAUMANN, J. / BRAUNECK, A.E. / HANACK, E.W. / KAUFMANN, A. / KLUG, U. / LAMPE, E.J. / MAIHOFFER, W. / ROXIN, C. / SCHULTZ, H. / JESCHECK, H.

Las ideas fundamentales que prevalecen en la década de los sesenta y setenta son la resocialización y la dignidad de la persona. Ambas constituyen la base ideológica de la política criminal de ese momento y suponen un límite a la intervención penal del Estado. En los años 80, no obstante, la idea de la resocialización entra en crisis. Los escasos resultados obtenidos por los programas resocializadores hicieron perder el optimismo respecto a la posibilidad de recuperación social. SILVA SÁNCHEZ entiende que uno *de los factores que ha contribuido a la crisis de la idea de resocialización ha sido su absolutización*, ya que algunos sectores doctrinales y la propia legislación de algunos países escandinavos y en EEUU llegaron en su empeño resocializador a prescindir de la referencia al hecho cometido o a las necesidades de la prevención general¹².

GARLAND destaca también que *“la caída en desgracia de la rehabilitación ha sido inmensamente significativa”* y entiende que el declive del ideal rehabilitador supuso el primer indicador de que el esquema de la modernidad empezaba a desarticularse¹³. Este argumento refuerza la idea de que la pena privativa de libertad, aunque se aplique con un objetivo teóricamente resocializador, debería limitarse al máximo. En esta línea, la Escuela de Frankfurt defiende la nuclearización del Derecho penal, es decir, su reducción a aquellas conductas que supongan una lesión grave de los bienes jurídicos fundamentales. En esta línea HASSEMER / MUÑOZ CONDE propugnan los criterios de justicia y de utilidad como argumentos a favor de un *“concepto de ilícito penal estricto y limitado”*¹⁴. En coherencia con esta idea, la Escuela de Frankfurt reclama que la pena privativa de libertad debería ser únicamente la espina dorsal del sistema de sanciones en materia de delincuencia grave o de multirreincidencia o convertirse en pena subsidiaria en caso de imposibilidad de pago de la pena de multa.

Dentro de la corriente de reforma del Derecho penal, numerosos autores, como JESCHECK entre otros, consideran que debe mantenerse la pena privativa de libertad, aunque

¹² SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 29.

¹³ GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social*, cit., p. 42.

¹⁴ HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, p. 133, HASSEMER es uno de los máximos representantes de la Escuela de Frankfurt.

circunscrita a la *criminalidad grave*, en especial para la delincuencia violenta y para los hechos cometidos con armas de fuego o con amenaza de violencia¹⁵.

Como señala LASCANO, los autores de la Escuela de Frankfurt pregonan un regreso utópico al “*viejo y buen Derecho penal liberal*”, con sus principios político-criminales de garantía, tanto sustantivos como procesales, quejándose del ritmo acelerado del legislador, de la práctica judicial penal y de algunos sectores doctrinales. Algunos de los autores de la Escuela de Frankfurt rechazan el principio de oportunidad, reclamando el retorno al principio de legalidad procesal¹⁶, que sólo tendrá éxito en la medida en que el Derecho penal sustantivo se reduzca, limitándose al denominado “*Derecho penal nuclear*” como alude HASSEMER¹⁷.

En sentido contrario, como señala SILVA SÁNCHEZ, existe una creciente tendencia popular, animada por los “gestores de opinión” y muchas veces retroalimentada, de forma oportunista por políticos que reclama un endurecimiento de la punición penal¹⁸. Esta tendencia provoca la reaparición de un discurso retributivo más punitivo que GARLAND señala como de “*merecimiento justo*” en una nueva etapa que el mismo autor denomina como “*modernidad tardía*”¹⁹. Posiblemente, lo que reclama la sociedad actual es una mayor seguridad, que puede alcanzarse de forma incluso más eficaz por otros medios diferentes a la cárcel. En el fondo subyace la vieja polémica entre seguridad y libertad como intereses contrapuestos o bien, como señala GÓMEZ MARTÍN, sintetizables bajo la fórmula *no hay libertad sin seguridad*, defendiendo que, si bien el Derecho penal no puede pretender evitar todos los daños posibles, *si debe tratar de impedir aquellos que sean evitables o previsibles, aunque en la medida en que sea estrictamente imprescindible* atendiendo al principio de subsidiariedad²⁰.

¹⁵ JESCHECK, H., “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, p. 20.

¹⁶ LASCANO, C.J., “La insostenible ‘modernización del derecho penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’” (en línea: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>)

¹⁷ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., “Viejo y nuevo Derecho penal”, en HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 46.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión*, cit., pp. 28 ss.

¹⁹ GARLAND, D., *La cultura del control*, cit., pp. 43 y 11.

²⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY, M. (Dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 62 ss.

La evidencia de la inoportunidad, en muchos supuestos, de la pena de prisión y su fracaso en la obtención de los fines resocializadores que se le habían presupuesto, junto a la conciencia de que nuestra sociedad necesita dotarse de nuevos recursos, han contribuido a la búsqueda de nuevas fórmulas, que desplacen la pena privativa de libertad de ese papel central que ha ocupado durante años en el sistema de penas. La conciencia de este fracaso ha contribuido al auge del movimiento internacional de reforma del Derecho penal que, como asegura JESCHECK, parte de determinados resultados de la investigación de las ciencias sociales, resultados que ya se han concretado en ciertos postulados político-criminales²¹. Como señala BERISTAIN *“el estudio del desarrollo histórico del derecho criminal y la observación del actual panorama comparatista, muestran que la calidad de nuestro Derecho represivo debe evaluarse, más que por el número de delitos, por el respeto y desarrollo efectivo de las libertades humanas básicas de la persona y de la comunidad”*²².

Un elemento muy destacado de la humanización en la ejecución de las penas es la modernización y mejora de los establecimientos penitenciarios y del régimen de estos centros. Esta mejora, que impacta directamente en la calidad de vida de las personas presas, no afecta por igual a todos los centros, como señalan RODRÍGUEZ MENÉS / LARRAURI PIJOAN / GUERRI FERRANDEZ, sino que presentan diferencias significativas que afectan a los presos y que *“obedecen sobre todo a la organización del centro y al sistema de relaciones interpersonales existente”*²³. Tampoco esta mejora alcanza un nivel óptimo, pero responde a la normativa internacional y europea en la materia²⁴ y a las nuevas corrientes de política criminal. Se trata de priorizar los criterios de humanidad, de respeto a la dignidad de la persona humana, de finalidad social y de buena ejecución de las tareas administrativas que destaca HERRERO HERRERO, como básicos para la gestión de los establecimientos penitenciarios modernos. Estos principios inspiran la dotación a estos

²¹ JESCHECK, H., en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, cit., pp. 11 ss.

²² BERISTAIN IPIÑA, A., *Problemas criminológicos*, Inst. Nacional de Ciencias Penales, México DF., 1984, p. 71.

²³ RODRÍGUEZ MENÉS, J. / LARRAURI PIJOAN, E. / GUERRI FERRANDEZ, C., “Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y un trato digno”, *RIS*, vol. 76, núm. 2, 2018, p. 1.

²⁴ *“Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”*. Primer congreso de las Naciones Unidas sobre *“Prevención y tratamiento del delincuente”*, Ginebra 1955. *“Reglas penitenciarias europeas”*, Comité de Ministros del Consejo de Europa, Strasburg, 1987.

establecimientos de elementos esenciales para el bienestar de los internos y responden a las aspiraciones de una sociedad civilizada²⁵.

Con el objetivo de conseguir una mayor adaptación a las etapas de cumplimiento de la pena y a la propia evolución del interno y del tratamiento penitenciario, la Ley regula establecimientos penitenciarios de diversos tipos, en función del régimen específico que se aplica en su interior, de acuerdo con su finalidad²⁶. En España, según el art. 7 de la LOGP los establecimientos penitenciarios pueden ser de tres clases: preventivos, de cumplimiento de penas y especiales. Los establecimientos de preventivos se utilizan para la custodia de detenidos y presos que todavía no tienen sentencia condenatoria. El régimen aplicable es el ordinario, según el art. 74.1 del RP²⁷. Los establecimientos de cumplimiento se clasifican en función del régimen penitenciario que se aplica en su interior, que depende del grado en que estén clasificados los internos. En los *establecimientos de régimen cerrado* están los internos clasificados en primer grado, por presentar una elevada peligrosidad. Se caracterizan por un mayor control de los internos, pocas actividades en común y más tiempo de aislamiento en celdas individuales. (art. 10 LOGP, 74.3 y 89 y ss. RP). *Los establecimientos de régimen ordinario* para los penados clasificados en segundo grado, así como para los penados sin clasificar (art. 74.1 RP). Supone el régimen más común, por ello como afirman GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, la mayor parte de la normativa penitenciaria toma como referencia este régimen. Los reclusos se separan en función de las exigencias de tratamiento. El trabajo es una actividad básica en la vida cotidiana del penado (art. 76 RP). *Los establecimientos de régimen abierto* para los penados clasificados en tercer grado, que siguen su tratamiento en régimen de semilibertad (art. 74 RP). Los internos salen para desarrollar actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su reintegración social. Estas salidas son planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento (art. 86 RP). *Centros mixtos*: el art. 9 de la LOGP establece que cada establecimiento ha de organizar separadamente a hombres y mujeres, pero el nuevo RP regula excepcionalmente este tipo de establecimiento mixto (art. 168 RP).

²⁵ HERRERO HERRERO, C., *Política Criminal*, cit., pp. 244 ss.

²⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 73.

²⁷ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 362 ss.

Departamentos para jóvenes: según el art. 9.2 de la LOGP y el art. 173 del RP, los jóvenes han de cumplir su condena en establecimientos distintos de los de adultos, o *en departamentos separados*²⁸. El régimen de estos Centros o Departamentos se caracteriza por su actividad educativa. En los establecimientos especiales prevalece el carácter asistencial y pueden ser de tres tipos: Centros hospitalarios, Centro psiquiátricos y Centros de rehabilitación para la ejecución de medidas penales.

Más allá de esta clasificación, son importantes los objetivos que se pretenden conseguir con la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta pena está orientada a la prevención especial y responde a la finalidad de reinserción social, aunque ya hemos visto que su efectividad es dudosa. Según JESCHEK, hasta los años cincuenta se había creído que se podía cambiar a los delincuentes y reinsertarlos en la vida social mediante el internamiento y con la ayuda del trabajo, de la enseñanza, la organización del tiempo libre y la terapia social. Hoy, en cambio, prevalece el escepticismo a consecuencia de los escasos resultados obtenidos por los programas de resocialización²⁹. GARLAND afirma que, actualmente, siguen funcionando programas de rehabilitación con tratamientos especialmente dirigidos a “*individuos de alto riesgo*” (como agresores sexuales, drogodependientes y ofensores violentos) pero estos *programas ya no pretenden expresar la ideología dominante del sistema y ni siquiera pretender ser el propósito principal de ciertas medidas penales*.³⁰

DIEZ RIPOLLÉS afirma que España tiene una de las tasas de encarcelamiento más elevadas entre los grandes países de la Unión Europea, deduciendo un abuso en la utilización de esta pena, sin relación con la evolución moderada de la delincuencia. Por ello, pese a tener una de las redes de establecimientos penitenciarios más modernas de Europa, su ocupación está por encima de la capacidad recomendable, solo 9 de los 47 países del Consejo de Europa superan el nivel de concentración de las prisiones españolas. Por ello, DIEZ RIPOLLÉS señala que “*los programas de reinserción social en las prisiones no acaban de despegar ante unas condiciones de implementación tan desfavorables*”³¹.

²⁸ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 362 ss.

²⁹ JESCHECK, H., en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, cit., pp. 11 ss.

³⁰ GARLAND, D., *La cultura*, cit., pp. 41 s.

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La política criminal*, cit., p. 26.

Por otra parte, como destacan RODRÍGUEZ MENÉS / LARRAURI PIJOAN / GUERRI FERRANDEZ, en un interesante estudio sobre la calidad de vida de los internos en los centros penitenciarios, tan importante o más que unas instalaciones adecuadas, es sobre todo el trato humano y respetuoso que reciben los presos por parte de los trabajadores de prisiones, las relaciones con otros internos y las relaciones con el exterior (visitas y contacto con familiares)³².

2. ALTERNATIVAS A LA SOBREUTILIZACIÓN DE LA PRISIÓN: DESINCRIMINACIÓN Y SUSTITUTIVOS PENALES

Ya desde finales del siglo XIX, la Ciencia penal viene buscando alternativas para sustituir y desplazar progresivamente la pena privativa de libertad, cuya aplicación generalizada presenta los múltiples inconvenientes comentados. MUÑOZ CONDE afirma que el escepticismo ha llevado incluso a algunos autores a propugnar la teoría de la *radical non intervention*, que propone la abolición de las penas privativas de libertad y su sustitución por medidas de carácter no punitivo, como la reparación de los daños causados, sometimiento a prueba, tratamiento psiquiátrico, cura de deshabitación, la psicoterapia de grupo, la psicoterapia individual, la búsqueda de trabajo, el trabajo comunitario, etc. Las dificultades del planteamiento reformista, en su versión radical, son evidentes, aunque no por ello, todos sus postulados deben considerarse descartables³³.

Un análisis realista de las funciones de la cárcel demuestra, en muchos casos, el fracaso de esta institución en relación con los fines de corrección y resocialización que teóricamente se le asignan. Sin embargo, la abolición radical de la cárcel como institución, no puede hacerse sin una modificación profunda de las estructuras sociales y sin ofrecer alternativas que garanticen las libertades y una mínima seguridad de los bienes jurídicos de las personas y de la comunidad en su conjunto. Según MUÑOZ CONDE, la tesis reformista ha de apoyarse en un debilitamiento del actual sistema represivo y una mayor

³² RODRÍGUEZ MENÉS, J. / LARRAURI PIJOAN, E. / GUERRI FERRANDEZ, C., “Percepción de la calidad”, RIS, vol. 76, núm. 2, 2018, cit., pp. 5 y 6.

³³ MUÑOZ CONDE, F., “La Resocialización del delincuente: Análisis y Crítica de un mito”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *La Reforma del Derecho Penal. Trabajos del Seminario hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 61 ss.

protección de los intereses colectivos y personales, descriminalizando comportamientos, cuya punición solo se justifica desde puntos de vista morales minoritarios.

Por otra parte, ROXIN considera que es posible una despenalización en un doble sentido. En primer lugar, anulando aquellos preceptos penales que no son necesarios para mantener la paz social. Y, en segundo lugar, aplicando el principio de subsidiariedad del Derecho penal como *última ratio* de la política social debido a su carácter aflictivo. Según lo cual, únicamente deberían conminarse con pena aquellas conductas socialmente lesivas en que la superación de la perturbación social no pudiera alcanzarse mediante otros medios extrapenales de menor injerencia³⁴.

JESCHECK³⁵ refiere distintos caminos que conducen a la desincriminación como la conversión de determinados hechos punibles en infracciones administrativas, sancionables con multas. Alemania ha avanzado de forma destacada en este sentido y todo el Derecho penal de escasa importancia se ha convertido en Derecho administrativo que discurre de forma más fluida y menos burocrática. ROXIN destaca, precisamente, la creación en Alemania de las faltas o contravenciones al orden (*Ordnungswidrigkeiten*) para “*las perturbaciones sociales de bagatela*”, como infracciones de tráfico de escasa entidad, ruidos o molestias a la comunidad³⁶. Igualmente, Suiza e Italia poseen un Derecho contravencional y Japón transfirió, ya en el año 1948, la pequeña criminalidad a una Ley de infracciones administrativas, objetivo que también se pretende en España con la Ley Orgánica 1/2015 que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del CP.

Una segunda vía de desincriminación sería la *solución procesal* en aplicación del principio de oportunidad que, en los casos de infracciones de escasa gravedad, permite al Ministerio Fiscal suspender condicionalmente, en algunas ocasiones, el proceso antes de formular la acusación bajo determinados presupuestos y condiciones. Se trata de *la suspensión provisional de la formulación de la acusación* por parte del Ministerio Fiscal. Esta vía iniciada primeramente por Bélgica se empleó posteriormente en los Estados

³⁴ ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 346.

³⁵ JESCHECK, H., en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, cit., pp. 15 ss.

³⁶ ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales*, cit., pp. 346 s.

Unidos, como *diversion*³⁷ y como *pretrial probation*. En algunos ordenamientos si el Ministerio Fiscal lo considera apropiado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, puede llegar a no formular la acusación ni imponer ningún tipo de condición, aunque siempre en infracciones de gravedad leve. Generalmente el propio ordenamiento fija un límite al tipo de infracciones que pueden desincriminarse en función de la pena que les pudiera corresponder, hablándose en estos casos de *principio de oportunidad reglado*. Los Países Bajos, Inglaterra, Francia, Japón, Estados Unidos y otros países consiguen por esta vía una desincriminación efectiva de infracciones leves. El Derecho alemán atribuye una competencia sancionadora propia al Ministerio Fiscal, quien con el consentimiento del acusado puede imponer una carga pecuniaria en caso de mínima importancia, sin necesidad de autorización ni conformidad por parte del tribunal, prescindiendo de formular la acusación, presuponiendo que se observe buena conducta y que se cumplan las cargas impuestas.

Otro recurso consiste en la atribución al tribunal de la posibilidad de aplazar la decisión sobre la imposición de la pena tras haber declarado la culpabilidad con el fin de dar al acusado, ya declarado culpable, la posibilidad de reparar el daño. Este sistema se sigue en Alemania, Francia, Inglaterra y Canadá. Si la medida tiene éxito se omite la imposición de la pena. También existe la posibilidad de renunciar a la pena sin condiciones ni cargas en supuestos leves, como sucede en Inglaterra, Canadá y Suecia. En España, pueden suspenderse de forma condicionada las penas de prisión de hasta dos años, una vez declarada la culpabilidad y dictada la condena. Si en el plazo marcado, el declarado culpable no vuelve a delinquir y cumple las condiciones impuestas, la pena queda definitivamente suspendida. Otra forma de desincriminación directa consiste en modificar el propio Derecho penal, dejando de considerar infracciones penales ciertas conductas de escasa gravedad, que no causan alarma social.

Una parte de las objeciones a la configuración de la pena privativa de libertad hacen referencia a su extensión. Desde hace décadas existe una nutrida corriente doctrinal favorable a la supresión de las penas cortas de prisión y otra tendente a reducir su duración máxima. Se consideran penas privativas de libertad de corta duración aquellas inferiores

³⁷ ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales*, cit., p. 347.

a seis meses de cumplimiento continuado. Como sostienen GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN la pena privativa de libertad de corta duración resulta ineficaz en relación con la prevención especial, desarraiga al delincuente y lo estigmatiza socialmente³⁸. Como afirma MIR PUIG “no es ya que las penas cortas de prisión sean demasiado cortas para la resocialización, sino que son demasiado gravosas, tanto en sí mismas como en sus consecuencias colaterales, en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que estaban previstas”³⁹.

En definitiva, según estos autores, la razón principal para solicitar la supresión de las penas cortas de prisión se apoya en la consideración de la pena como *última ratio* en la defensa del orden social, principio esencial del Derecho penal moderno⁴⁰. La prisión debería reservarse para castigar aquellos delitos frente a los cuales no cupiera otro tipo de reacción menos gravosa que pudiera ser eficaz. Por otra parte, las penas cortas de prisión se dirigen, en general, a la criminalidad leve o media, por lo que la sanción puede resultar desproporcionada a la naturaleza del delito y a las características del infractor, especialmente si es primario o está integrado en su entorno social.

Otra cuestión polémica es su duración máxima. Además del desarraigo del entorno familiar, la ejecución de las penas de prisión de larga duración tiene consecuencias nocivas, en algunos casos irreversibles, sobre la personalidad del delincuente y plantea graves problemas, que van desde la deshumanización de las penas, hasta la vulneración de los derechos básicos de los reclusos, con especial referencia al respeto debido a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. CEREZO MIR destaca que la moderna Ciencia del Derecho penal considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede deteriorar gravemente la personalidad del recluso y que incluso puede considerarse contraria al artículo 15 de la Constitución que prohíbe las penas inhumanas⁴¹. GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN proponen que las penas privativas de libertad de larga duración sean

³⁸ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 103 ss.

³⁹ MIR PUIG, S., “Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1.990”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *Política Criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria de Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 847.

⁴⁰ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., p. 104.

⁴¹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 36.

analizadas desde la perspectiva del principio de humanidad y no solo por su proporcionalidad⁴².

A modo de conclusión, siguiendo el análisis de BARQUIN SANZ / LUNA DEL CASTILLO respecto a las penas asignadas en la tipificación del CPE, en 2012 la pena privativa de libertad era todavía la sanción penal más destacada, seguida por la multa y las diversas modalidades de inhabilitación y suspensión, mientras que el resto de las penas tienen una función prácticamente testimonial⁴³.

2.1. Libertad condicional, suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad

Uno de los rasgos comunes del proceso de humanización de las penas, enmarcado dentro del Movimiento Internacional de Reforma del sistema penal (MIR) consiste en la sustitución de la pena privativa de libertad por la libertad vigilada o libertad condicional. Casi todos los países han acogido el principio de política jurídica que subyace en la libertad condicional: no dejar el hecho punible sin reacción estatal por razones de prevención general y especial, pero dispensar de la pena, o al menos de su ejecución, con el objetivo de reducir el perjuicio social, laboral, familiar y personal que comporta el cumplimiento de la pena, prestando ayuda al condenado para movilizar sus propias fuerzas y sus recursos positivos.

La probation en Inglaterra, Estados Unidos y en todos los países de la Commonwealth representa la forma principal de poner en práctica la libertad condicional. En nuestro ordenamiento la libertad condicional es la etapa vinculada al último estadio de la clasificación penitenciaria que se aplica al final del cumplimiento de la pena privativa de libertad y supone un beneficio para la persona privada de libertad como puede ser la clasificación en tercer grado o los permisos penitenciarios. *La probation*, en cambio, está más vinculada a la idea de sustitutivo penal que evita el cumplimiento efectivo de la pena de prisión. *La probation* permite la declaración de culpabilidad, sin fijar la pena, aunque

⁴² GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 105 ss.

⁴³ BARQUIN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. D., “En los dominios de la Prisión. Distribución numérica de las penas en el Código y en la Justicia penal”, RECPC, núm. 14, 2012, p. 30.

se imponen deberes y se somete al declarado culpable al control del llamado “*probation officer*” en el mundo anglosajón, que es el funcionario que acompaña y supervisa el cumplimiento por parte del sujeto de ciertos deberes durante el período de prueba⁴⁴. La institución anglosajona de los auxiliares de prueba se ha introducido incluso en los países que no contemplan la condena condicional en forma de *probation*, sino según el sistema franco-belga del *sursis*, como Alemania, Francia, Italia o Suiza.

Como señalan MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, la libertad condicional mitiga la excesiva duración de la pena privativa de libertad. Está recogida en todos los ordenamientos penales modernos y su práctica está muy generalizada en los países anglosajones (bajo la forma de *probation*)⁴⁵. La persona sometida a ella no se halla recluida en ningún centro, pero queda sometida al cumplimiento de una serie de condiciones hasta que termine el período establecido. Generalmente parte del sistema progresivo que se caracteriza por el cumplimiento de la pena en distintos grados que paulatinamente atribuyen al penado una mayor libertad, responsabilidad y confianza⁴⁶ y cuyo último estadio es la libertad condicional. Esta graduación se lleva a cabo a través de “la clasificación”, que realiza la administración penitenciaria. Dentro de este sistema progresivo, la libertad condicional supone la etapa final de cumplimiento de la pena. En esta etapa, la persona penada realiza su vida fuera del establecimiento penitenciario, aunque debe respetar las diversas condiciones que se le hayan impuesto en la sentencia, siendo la principal no delinquir hasta la completa extinción de la pena. La libertad condicional es aplicable a todo tipo de penas privativas de libertad, ya sean de corta o de larga duración.

La mayoría de las leyes penales, fijan sanciones sustitutivas de la pena de cárcel y la equivalencia correspondiente entre ellas. Según GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, razones de prevención especial pueden hacer recomendable no ejecutar la pena privativa de libertad, pero las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general hacen conveniente no dejar el

⁴⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., pp. 726 s.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 502.

⁴⁶ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 365 ss.

comportamiento delictivo sin ningún tipo de respuesta⁴⁷. El conflicto entre estas dos posiciones puede resolverse mediante la sustitución de la pena privativa de libertad, por la aplicación de otras sanciones más adecuadas para alcanzar el fin de prevención especial sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la prevención general. En la medida en que se disponga de una pluralidad de medios, deberá elegirse el más adecuado, teniendo en cuenta que la pena privativa de libertad es siempre subsidiaria respecto a otro tipo de intervenciones menos gravosas⁴⁸.

Los efectos criminógenos, estigmatizantes y desocializadores que conlleva la pena privativa de libertad deberán ponderarse en cada caso. Los llamados “sustitutivos” de la pena privativa de libertad (multa, TBC, localización permanente, el extinto en España arresto de fin de semana, etc.) han de tener la naturaleza jurídica de una “pena” y ser idóneos para el cumplimiento de los fines de la pena. Además, al tratarse de penas, tanto la regulación como la aplicación de los sustitutivos penales deberá ajustarse a los principios limitadores del *ius puniendi*: legalidad, irretroactividad de la ley desfavorable, retroactividad de la favorable, prohibición de la analogía *in malam partem*, prohibición de penas degradantes, proporcionalidad, etc.

El CPE de 1995 introdujo la posibilidad de que el Juez o tribunal sustituyera la pena de prisión de un año y excepcionalmente hasta dos, por penas de arresto de fin de semana o multa⁴⁹. La LO 15/2003 suprimió la pena de arresto de fin de semana, pero mantuvo la posibilidad de sustituir dichas penas de prisión por multa o TBC. Tras las modificaciones introducidas por la LO 1/2015, la sustitución de la pena del anterior art. 88 no se mantiene como tal, sino como posibilidad de que el Juez condicione la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de “prestaciones o medidas” como el cumplimiento del acuerdo de mediación, el pago de una multa o la realización de TBC, según lo previsto en el art. 84. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad está en la línea de reducir la pena privativa de libertad y dentro de esta figura existen diversos modelos. En el anterior CP, se regulaba la remisión condicional de la pena, siguiendo el modelo

⁴⁷ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 327 ss.

⁴⁸ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 327 ss.

⁴⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 736.

franco-belga de la *sursis*, según el cual una vez pronunciado el veredicto de culpabilidad y fijada la pena en la sentencia, puede suspenderse la ejecución de la pena impuesta para someter al delincuente a prueba durante un tiempo determinado, y si no delinque durante ese plazo la pena queda remitida definitivamente, pero permanece el antecedente penal, lo que es decisivo a efectos de una posterior reincidencia. Durante el periodo de prueba el reo no goza de ninguna asistencia.

El Código de 1995 modificó en varios aspectos la anterior “condena condicional”: sustituyó esta denominación, la hizo siempre discrecional, amplió las posibilidades de su aplicación e introdujo la posibilidad de imponer ciertas obligaciones⁵⁰. De facto contempla un modelo híbrido, consistente en el modelo tradicional de la remisión condicional de la pena, aunque con elementos característicos de la *probation* anglosajona. Según el art. 87, transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido un nuevo delito y habiendo cumplido las reglas de conducta impuestas, el Juez o tribunal acordará la remisión de la pena. Aunque si se cometió el delito por dependencia de las sustancias tóxicas descritas en el art. 20.2 del CP, deberá acreditarse la deshabitación o la continuidad del tratamiento.

Según HASSEMER, la suspensión condicional de la pena demuestra que el mismo legislador tiene reservas respecto a la aplicación de la pena privativa de libertad, recomendando que, cuando sea posible se suspenda su ejecución y en su lugar se impongan otras cargas⁵¹. La suspensión condicional de la pena y su creciente importancia en la praxis jurídico-penal dan lugar a una nueva profesión: la del responsable de apoyar al condenado durante el período de prueba. Esta figura tiene un papel de refuerzo psico-social, ya que además de la función de control, brinda una ayuda personalizada para evitar la reincidencia, con lo cual, también reviste una función frente a la sociedad. Por tanto, la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional suelen acompañarse de medidas y recursos que acompañan y fortalecen la integración social del condenado, como la implantación del mencionado profesional de apoyo o “*probation officer*”.

⁵⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 727.

⁵¹ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 370.

2.2. La pena de multa

La pena de multa surge sobre todo a raíz de la crítica a las penas cortas de cárcel, que se remonta ya a VON LISZT y en Francia a BONNEVILLE DE MARSANGY. Como afirman SUÁREZ-MIRA / JUDEL PRIETO / PIÑOL RODRIGUEZ es “una de las penas que se ha revalorizado de forma incontestable en el nuevo Derecho penal”⁵². GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN destacan que se trata de un tipo de pena que afecta al patrimonio de las personas por eso se las llama “penas patrimoniales”. Cuando deben hacerse efectivas en dinero, se las considera una especie de la anterior y se las denomina específicamente “penas pecuniarias”⁵³.

Aunque muchos países conservan la pena corta de privación de libertad, la tendencia general apunta, en opinión de JESCHECK, a que se incremente la utilización de la pena pecuniaria en detrimento de la pena privativa de libertad de corta duración⁵⁴. En palabras de MIR PUIG la ventaja de este tipo de pena es que “no menoscaba ningún bien personalísimo como la libertad, ni arranca al sujeto de su entorno familiar y social, ni le priva de trabajo”⁵⁵. ROXIN afirma que, en Alemania, la multa es la práctica sancionatoria dominante. Para demostrarlo, establece la comparación histórica entre el año 1882, en que el 78.8 % de todas las condenas eran privativas de libertad y el 22,4 % penas de multa; en cambio en 1990, la pena privativa de libertad se había reducido a un 5.3 % de todas las condenas, imponiéndose penas de multa entre el 80 % y el 84 % de los casos. Con lo cual en 100 años las penas de multa se han cuadruplicado y la pena privativa de libertad ha retrocedido drásticamente en Alemania⁵⁶.

También JESCHECK señala que ya en 1991 la pena de multa supuso en Alemania un 84 % del total de las penas impuestas. Los datos demuestran que se ha convertido en la sanción jurídico-penal más frecuente de este país ⁵⁷. ROCA AGAPITO también destaca que, en

⁵² SUÁREZ-MIRA, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRIGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2017, p. 456.

⁵³ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones*, cit., p. 15.

⁵⁴ JESCHECK, H., en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, cit., p. 18.

⁵⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 751.

⁵⁶ ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales*, cit., p. 351.

⁵⁷ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., pp. 804 ss.

Alemania, después de la II Guerra Mundial la pena de multa empieza a ir en alza y a partir de la década de los 50 ya siempre va a superar, al menos el 65 por 100 del total de las penas impuestas⁵⁸. Según JESCHECK, ha contribuido a su éxito que muchas posibilidades de desarrollo personal y un alto grado de satisfacción, se obtienen a través del consumo que va ligado a la capacidad económica. Por tanto, siguiendo a JESCHECK, “*la privación de medios financieros afecta dolorosamente a la libertad de autorrealización del autor, sin privarle de su libertad deambulatoria*”⁵⁹. ROXIN afirma: “*en otros países europeos esta tendencia todavía no es tan marcada, pero en el futuro se impondrá más o menos en todas partes*”⁶⁰. Ya en otros países, como Austria o Japón, las penas de tipo pecuniario gozan de una aplicación considerable⁶¹. También en Inglaterra aparece de forma destacada junto a otros tipos de sanciones como la *community service* (TBC) y se fundamenta más en argumentos de utilidad personal y social que punitivos.

La pena pecuniaria adopta, en la mayoría de los países, el sistema de días-multa o cuotas diarias, siguiendo el ejemplo de Finlandia, Suecia y Dinamarca. Países como Alemania, Austria, España y algunos de Sudamérica, han acogido también este método. Según este sistema, la pena se determina en dos fases: el Juez fija en primer lugar el número de cuotas diarias o días multa en función del grado del injusto y de la culpabilidad, y seguidamente se determina la cuantía de cada cuota en base a la capacidad económica del sancionado. Su incumplimiento suele suponer una pena privativa de libertad subsidiaria. La estructuración de este sistema bajo estos dos parámetros permite una respuesta más ajustada, tanto respecto al injusto como a la concreta capacidad patrimonial del autor. Como resalta JESCHECK en Alemania la pena de multa ha resultado, en la práctica, más sensible a nivel de ingresos medios, de modo que puede cumplir mejor su cometido de sanción principal en el ámbito de la delincuencia leve y media⁶². Según CACHÓN / CID la pena de multa ha ocupado en los sistemas penales de nuestro entorno un papel más destacado que en España, donde adquiere un mayor protagonismo a partir del CPE de

⁵⁸ ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 219.

⁵⁹ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., pp. 804 ss.

⁶⁰ ROXIN, C., *Dogmática penal y Política criminal* (trad. ABANTO, MA.), Flores, Arequipa, 1998, p. 452.

⁶¹ Japón tiene una criminalidad sensiblemente menor que la de los países industrializados occidentales, algunos autores como ROXIN lo atribuyen a un mayor control social informal que frena la conducta delictiva.

⁶² JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 804.

1995⁶³. En este sentido, ROCA AGAPITO destaca el notable incremento de la pena de multa en relación con la regulación anterior, ya que además de actuar como pena sustitutiva de la pena de prisión queda recogida en muchos delitos, ya sea como pena única, como pena alternativa a otras de distinta naturaleza o bien como pena acumulada a otras⁶⁴. Actualmente la pena de multa es la más utilizada por nuestro CP, después de la pena privativa de libertad⁶⁵.

Una investigación realizada y coordinada por CID MOLINÉ / LARRAURI tomando como muestra los 23 juzgados de lo Penal de Barcelona en el período de 1998 a 2001, arrojaba como media de las multas día impuestas, la cantidad de 867 Ptas (5,21 €). De este dato y de su reducida cuantía, los autores de la investigación señalan que, si bien en principio, podría deducirse que los infractores condenados por los Juzgados de lo Penal disponen de escasos recursos, concluyen que tal hipótesis no puede probarse debido a que en la muestra realizada solo un 10 % de los casos en los que se había impuesto la pena de días-multa se realizó una investigación previa de la capacidad económica para determinar el valor de las cuotas⁶⁶.

En otro estudio sobre la presencia de la pena de multa en nuestro CP de BARQUIN SANZ / LUNA DEL CASTILLO se destaca que la pena de multa se configura, en varios aspectos como pena intermedia entre la prisión y las demás penas alternativas a ésta, apareciendo en un 47,02 % de los preceptos del CP, la mitad respecto a la pena de prisión⁶⁷. Figura como pena única en un 9,19 % de los casos, lo que supone una cuarta parte de la pena de prisión. No obstante, como pena acumulativa se presenta en un 27,92 % de los casos, lo que según los autores indica su función prevalente como pena adicional frecuentemente a la prisión. Finalmente aparece como pena opcional en un 9,9 %. De ahí que BARQUIN SANZ / LUNA DEL CASTILLO concluyan que la pena de multa está concebida en nuestro CP, en especial, como una pena que acompaña a otras y que en pocas ocasiones aparece

⁶³ CACHÓN, M. / CID MOLINÉ, J., “La pena de días multa como alternativa a la prisión”, en CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (Coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 39.

⁶⁴ ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal*, cit., pp. 100 y 101.

⁶⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 750.

⁶⁶ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (Coord.), *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 26 y 27.

⁶⁷ BARQUIN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. DE D., RECPC, núm. 14, 2012., p. 25.

como pena única. Los citados autores también analizaron la imposición práctica en España de las penas en el período comprendido entre los años 2008 a 2011. Al respecto señalan que la multa se aplicó en un 22,0 % de los casos y la pena privativa de libertad se impuso en un 22,5 %, con lo que prácticamente se igualaron. Si bien matizan que, a lo largo del período examinado, disminuyó la aplicación de la pena de multa, siendo concretamente en el año 2011 cuando más descendió su presentación, relacionando este descenso con un incremento de la pena privativa de libertad⁶⁸.

Si nos adentramos en las repercusiones punitivas sobre la persona sancionada, la pena de multa, como destacan CACHÓN / CID implica la limitación de un bien: la capacidad económica, que la mayoría de las personas tienen interés en conservar, especialmente en una sociedad consumista como la nuestra. El sancionado no pierde sus relaciones familiares ni laborales, en consecuencia, es una sanción no desocializante, que puede satisfacer sus propias necesidades y las de su familia y además no supone una carga para el Estado. Es básico determinar la capacidad económica del penado y ajustar la pena en función de esta capacidad para que pueda considerarse una pena justa, igualitaria y equilibrada. Por ello estos autores reclaman la articulación de mecanismos más ágiles que faciliten la investigación de la capacidad económica real del condenado para evitar una de las críticas que suscita: la desigualdad en el impacto que puede tener sobre las diferentes personas en base a sus distintas posibilidades económicas⁶⁹. Como afirman CACHÓN / CID para que la pena de días-multa remplace a la pena de prisión, ha de estar prevista como pena principal y única para la mayor parte de las infracciones. Estos mismos autores concluyen afirmando que *“la pena de días-multa es una de las sanciones que, en el contexto de los sistemas penales contemporáneos, demuestra más capacidad para sustituir la pena de prisión”*⁷⁰.

En Alemania los condenados sin recursos pueden hacer frente a la pena de multa mediante TBC, al igual que en España donde también la pena de multa no cumplida da lugar a

⁶⁸ BARQUIN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. DE D., RECPC, núm. 14, 2012, p. 47.

⁶⁹ CACHÓN, M. / CID MOLINÉ, J., en CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (Coord.), *Penas alternativas a la prisión*, cit., p. 45.

⁷⁰ CACHÓN, M. / CID MOLINÉ, J., en CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (Coord.), *Penas alternativas a la prisión*, cit., pp. 46 ss.

responsabilidad personal subsidiaria, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente (art. 53 CP). El Juez también podrá, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante TBC, en cuyo caso un día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo (art. 53 CP). El art. 50.4 establece la cuota mínima diaria en dos euros y la máxima en 400 euros, excepto en las multas impositivas a personas jurídicas, que van de un mínimo de 30 a un máximo de 5.000 euros por día. Respecto a su duración el mismo art. 50 en su apartado tercero establece desde un mínimo de diez días a un máximo de dos años para las personas físicas y para las jurídicas la extensión se amplía a un máximo de cinco años.

CARDENAL MONTRAVETA entiende que actualmente, la pena de multa tiene un papel indiscutible desde el punto de vista de la política criminal y que se trata de una pena impuesta en la mayoría de las sentencias condenatorias. A pesar de ello, entiende que no despliega toda su capacidad preventiva debido a diferentes factores, entre ellos destaca especialmente la determinación de su cuantía, que no se hace en función de la capacidad económica real del sancionado, como sí ha previsto el legislador⁷¹.

Como conclusión y siguiendo a ROCA AGAPITO, la introducción del sistema de días multa supuso un gran avance en penas pecuniarias más justas. Aunque se muestra crítico con la coexistencia con la multa proporcional porque, a diferencia de la anterior, no toma adecuadamente en consideración las circunstancias económicas del penado en el momento de fijar el importe. Por otra parte, tampoco está de acuerdo con la privación de libertad subsidiaria en caso de impago de la multa, ya que entiende que supone una agravación de la pena por circunstancias ajenas al hecho delictivo como lo es la insolvencia del autor, y comporta la pervivencia de las criticadas penas privativas de libertad de corta duración⁷².

⁷¹ CARDENAL MONTRAVETA, S., *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuenta*, Marcial Pons, 2020, *passim*.

⁷² ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria*, cit., p. 124.

2.3. Los trabajos en beneficio de la comunidad

BRANDARIZ GARCÍA defiende que los distintos ordenamientos que han ido incorporando esta pena en las últimas décadas le otorgan diversas funciones dentro del catálogo de medidas alternativas a la privación de libertad⁷³. Este autor sistematiza las principales funciones de esta pena en las siguientes: en primer lugar los trabajos en beneficio de la comunidad pueden actuar como sanción principal autónoma sin que deba ser necesariamente un sustitutivo de penas privativas de libertad. En segundo lugar, pueden efectivamene actuar también como sanción penal alternativa a las penas privativas de libertad con carácter sustitutivo de las mismas. En tercer lugar, un destacado número de ordenamientos penales otorgan a esta pena la función de responsabilidad subsidiaria por impago de multa, como alternativa a la privación de libertad continuada. En cuarto lugar, se subraya que en Derecho comparado podemos encontrar los TBC como regla de conducta que evita el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad. En este sentido su imposición viene muchas veces vinculada a la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad o a una medida de *probation*⁷⁴.

Si nos retrotraemos un poco en el tiempo, según CID / LARRAURI, a principios de los años 70 se depositaron grandes esperanzas en este tipo de pena como una nueva alternativa a la pena de prisión. La persona no queda privada de su libertad deambulatoria, sino que su sanción consiste en sacrificar parte de su tiempo de ocio o de descanso, dedicándolo a realizar actividades no retribuidas que pueden ser de distinta naturaleza y que han de suponer una aportación constructiva o un beneficio para la comunidad⁷⁵. El condenado a esta pena no pierde el contacto con su medio familiar y laboral, con lo cual el cumplimiento de la pena no supone su “desocialización”, sino que su esfuerzo por reparar a la comunidad contribuye a su propia reintegración en ella. Se introdujo en 1995 y al igual que en otros países europeos, sigue el modelo del *community service* británico⁷⁶. Inicialmente provocó grandes expectativas, al entenderse que podía sustituir la pena de

⁷³ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 21 ss.

⁷⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio*, cit., pp. 23 ss.

⁷⁵ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Penas alternativas*, cit., pp. 93 ss.

⁷⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 747 ss.

prisión y que además conseguiría rehabilitar al delincuente introduciéndole en el mundo del trabajo⁷⁷. Una de sus principales ventajas es que consiste en un trabajo constructivo, que beneficia a determinadas personas o a un colectivo, que compromete personalmente más que la pena privativa de libertad o la multa, en las cuales el autor juega, meramente, un rol pasivo. Por otra parte, la disposición voluntaria provoca en el autor la sensación de haber hecho algo socialmente útil, lo que contribuye a la resocialización mucho más que las penas tradicionales como la pena de cárcel que, meramente la padece como sujeto pasivo⁷⁸.

Según JESCHECK, los TBC exigen un considerable esfuerzo administrativo y distintos extremos que cuidar (voluntariedad, seguridad social, limitación horaria, actividades útiles y dignas). Puede ser complicado determinar la actividad concreta a realizar sin perjudicar la ocupación de las personas que realizan estas labores habitualmente. En cualquier caso, se trata de elementos a considerar por el legislador y por la institución encargada de proporcionar el trabajo y de supervisar su aplicación práctica, pero no son impedimentos insalvables. Como concluyen CID / LARRAURI, los TBC suponen una sanción humana que no impide que la persona desarrolle sus planes de vida. Se trata de articular, por otra vía, una reacción estatal que, al mismo tiempo, armonice la responsabilización del infractor con los efectos sociales reparadores y positivos.

Algunos autores como MAPELLI / TERRADILLOS subrayan su significado educativo al fomentar la solidaridad, ya que suelen ser actividades en beneficio de causas sociales o de colectivos necesitados⁷⁹. OLARTE HURTADO destaca la función reparadora de este tipo de pena, incluyendo la reparación social simbólica o indirecta, entendiendo la comunidad como ente perjudicado por la comisión del delito. Como señala este mismo autor, la mayoría de la doctrina ubica esta función reparadora dentro de los fines de la prevención general positiva como afirmación del Derecho y restablecimiento de la paz jurídica, resolviendo el conflicto penal de manera constructiva y no meramente represiva⁸⁰.

⁷⁷ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Penas alternativas*, cit., p. 94.

⁷⁸ ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., pp. 457 ss.

⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 176.

⁸⁰ OLARTE HURTADO, A., *Alternativas a la cárcel en Eukadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Arateko, Vitoria Gasteiz, 2006, p. 86.

Autores como PINA MASSACHS / NAVARRO MASSIP constatan su escasa aplicación efectiva, posiblemente debido a la dificultad de coordinar estos trabajos con las instituciones beneficiarias⁸¹.

Si ponemos el foco en la carga sancionatoria, BLAY GIL destaca que la imposición de una pena de TBC supone privar al penado de la retribución económica por el trabajo realizado, restringe su libertad de movimientos y comporta una pérdida de su tiempo libre, lo que puede entenderse como un mal considerando el valor social que se otorga al ocio. Culturalmente, el ocio se ha convertido en un elemento de la forma de vida actual y es concebido como un derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX, siendo a partir de entonces, cuando su pérdida puede percibirse como un mal y constituir un castigo. Por ello, únicamente en los países más desarrollados en los que el ocio está culturalmente arraigado, su privación puede significar un medio de control social y de represión del delito⁸². Siguiendo a BLAY GIL el TBC empieza a extenderse en Europa a partir de los años 70 del siglo XX con antecedentes en Nueva Zelanda, Alemania y California. En España los TBC supusieron una de las novedades más importantes del sistema de penas del CPE de 1995, reafirmandose en las sucesivas reformas⁸³. Al tratarse de una obligación asumida voluntariamente debe contar con el consentimiento del penado (art. 49 CP) y se configura como sustitutiva o alternativa de otra pena, no como pena única, ya que una pena de trabajos forzados sería inconstitucional⁸⁴.

Las instituciones europeas destacan también la importancia de este tipo de sanción, así el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea dictó una Recomendación, en 1980, en favor del trabajo útil para la comunidad, reforzada por normas posteriores como la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

⁸¹ PINA MASSACHS, J. / NAVARRO MASSIP, J., *Alternativas a la prisión, el arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad*, CIMS 97, Barcelona, 2000, p. 86.

⁸² BLAY GIL, E., *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 18 s.

⁸³ BLAY GIL, E., *Trabajo en beneficio de la comunidad*, cit., p. 22.

⁸⁴ GRACIA MARTIN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 333 ss.

Desde otra perspectiva, TORRES ROSELL establece una interesante conexión entre los TBC y la Justicia Restaurativa. Esta autora diferencia entre el modelo convencional de justicia en el que los trabajos se imponen como pena principal o sustitutiva y en algunos modelos penales como condición asociada a la suspensión de la pena, reconocidos en la sentencia judicial. En cambio, desde la perspectiva de la JR el desarrollo de un proceso restaurativo aceptado voluntariamente por las partes no queda limitado a la instancia previa de la sentencia, sino que es posible que el proceso y el consiguiente acuerdo de prestación en beneficio de la comunidad se consiga en fase de ejecución de la sentencia judicial. Incluso en aquellos ordenamientos penales en que el principio de oportunidad así lo permita, puede ser que el acuerdo conseguido de forma voluntaria sea suficiente para dar por finalizado el procedimiento penal⁸⁵. El acuerdo alcanzado por las partes, que comporte la realización de un trabajo de utilidad social por parte del victimario puede ser valorado por el Juez para atenuar la pena o proponer su suspensión o sustitución, además de suponer una oportunidad de responsabilización para el autor y una ocasión para que la víctima pueda superar sus temores y ser efectivamente compensada⁸⁶.

2.4. La localización permanente y el derogado arresto de fin de semana

De acuerdo con lo establecido en el art. 35 del CP la localización permanente es una pena privativa de libertad. ABEL SOUTO destaca que es distinta tanto de la pena de prisión como de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ya que puede cumplirse de forma discontinua o periódica, a diferencia de la pena de cárcel en que la privación de libertad es continua y además no implica el ingreso en un establecimiento penitenciario⁸⁷.

Con la aplicación de la localización permanente, como recuerda ABEL SOUTO se trata de evitar los efectos negativos de las penas cortas privativas de libertad. Se desactiva el contagio con los delincuentes habituales, no desocializa, evita el sufrimiento personal del ingreso en la cárcel y la pérdida de relaciones familiares e incluso laborales o

⁸⁵ TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 107 y 108.

⁸⁶ TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, cit., p. 108.

⁸⁷ ABEL SOUTO, M., *La pena de localización permanente*, Comares, Granada, 2008, pp. 31-32.

profesionales⁸⁸. En la pena de localización permanente o arresto domiciliario la persona sancionada pierde su libertad de movimientos, pero no el contacto con su entorno familiar y social, ya que supone la obligación de permanecer en el domicilio por un período breve de tiempo. Por este motivo puede considerarse que tiene escasa eficacia intimidatoria y por ello se reserva para infracciones leves⁸⁹.

El principal problema que presenta es el control del cumplimiento de la pena, que debe pasar por algún tipo de vigilancia que lo garantice. Si llegase a convertirse en una sanción frecuente supondría invertir un elevado presupuesto en recursos humanos para velar por el cumplimiento de cada caso. En estos supuestos y otros (como en las órdenes de alejamiento) se ha abierto la polémica acerca de la articulación de sistemas de vigilancia electrónica para garantizar su cumplimiento. Estos medios se están aplicando en diversos países, también en España, aunque su utilización genera problemas, no solo prácticos y de medios, sino también discrepancias de carácter ético. En este sentido, los peligros y las intromisiones que pueden suponer en el ámbito de los derechos fundamentales, obliga a utilizarlos de forma cuatelosa, tal como señala ABEL SOUTO, ya que dicho control telemático, si bien puede ser útil para garantizar el cumplimiento de esta sanción, su ejecución es problemática y compleja tanto desde el punto de vista práctico, como técnico y ético⁹⁰.

Por otra parte, el arresto de fin de semana, actualmente derogado en España, supone una pena de corta duración y de cumplimiento discontinuo. Se configura como una pena eficaz frente a determinados sectores de la delincuencia leve y menos grave o media y evita los graves inconvenientes que plantean las penas privativas de libertad de corta duración de cumplimiento continuado. Como señalan GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN se trata de una pena adecuada desde el punto de vista de la prevención especial, en la medida que evita los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad de corta duración y permite al condenado mantener sus relaciones laborales y familiares⁹¹. A pesar de sus ventajas, en España, no ha funcionado como se

⁸⁸ ABEL SOUTO, M., *La pena de localización permanente*, cit., pp. 32-33.

⁸⁹ ABEL SOUTO, M., *La pena de localización permanente*, cit., pp. 38-39.

⁹⁰ ABEL SOUTO, M., *La pena de localización permanente*, cit., pp. 124 ss.

⁹¹ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., p. 231.

esperaba, posiblemente por no destinarse los recursos suficientes para su aplicación. Las personas condenadas a esta pena debían cumplirla en establecimientos penitenciarios distintos, sin contacto con los demás presos, lo que suponía una inversión que no se realizó. Tuvo una escasa aplicación real, desapareciendo del catálogo de penas del CP, siendo sustituida por la “localización permanente” introducida por la LO 15/2003 de 25 de noviembre. Como remarca ABEL SOUTO, la localización permanente surge precisamente como contrapartida o sustitutivo, en la medida que reemplaza o sustituye el espacio dejado por el arresto de fin de semana en el ámbito de las faltas, actualmente delitos leves⁹².

3. RECAPITULACIÓN

Se ha tratado de analizar brevemente el cambio progresivo en la aplicación práctica de la pena privativa de libertad en un sentido humanizador y limitador de su dureza y de su repercusión temporal. Dentro de las instituciones que reducen el impacto de esta pena (la más dura que actualmente puede imponerse en España y en la mayoría de los países occidentales) destacan la libertad condicional y la suspensión que limitan su duración y facilitan su cumplimiento por parte del penado.

Más allá de la pena de cárcel se han planteado otras opciones punitivas que tienden a sustituir o al menos a complementar dicha pena, como los trabajos en beneficio de la comunidad o la localización permanente, que evitan la desocialización, la marginación del penado y otros efectos nocivos que comporta este tipo de pena. Es especialmente interesante la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por el valor que supone aportar algo útil a la comunidad que, indirectamente se ha visto dañada por el delito cometido, y su objetivo de compensar con una actuación positiva de calado social, que realiza el propio penado, si voluntariamente lo acepta.

Entre las sanciones alternativas a la cárcel destaca, sobre todo, la pena de multa que ya es actualmente la pena más impuesta en muchos países como Alemania y también en España se está equiparando a la pena privativa de libertad en el número de sentencias que la

⁹² ABEL SOUTO, M., *La pena de localización*, cit. pp. 5 y s.

recogen. Esta pena tiene muchas ventajas como hemos visto, ya que evita la desocialización del penado, le permite mantener su vida en libertad y preservar sus relaciones familiares, sociales y laborales, afectando únicamente a su capacidad económica. Restringe por tanto, el disfrute que dicha capacidad adquisitiva le podría proporcionar si no tuviese que satisfacer el importe de la multa. Además, se trata de una pena que no tiene un coste económico adicional para el Estado, como si lo tiene el mantenimiento de una persona privada de libertad, el funcionamiento de la estructura de los centros penitenciarios y el cuidado de sus instalaciones que han de ser dignas y seguras. Aunque como hemos visto la imposición de la pena de multa genera también una serie de dificultades, sobre todo con relación a la determinación de su cantía. La administración de justicia ha de realizar un esfuerzo para que se aplique de forma ecuánime y justa, en función del patrimonio real del penado y de su capacidad económica, evitando una discriminación efectiva en su puesta en práctica. Si no se tiene en cuenta este parámetro fundamental, dentro del sistema de días multa, o se carecen de los instrumentos necesarios para averiguar y determinar el patrimonio real de la persona sancionada, esta pena puede perder toda su efectividad motivadora, preventiva y sancionadora.

CAPÍTULO III.

PENA, REPARACIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se abordan dos instituciones de especial relevancia para este trabajo, como son la responsabilidad civil derivada del delito y la reparación del daño producido. A mi juicio, adquiere un destacado interés la reparación del daño causado a la víctima y el esfuerzo del victimario para hacer efectiva tal reparación. En opinión de GALAIN PALERMO la reparación debe ser un tema de interés del Derecho penal y no exclusivamente del Derecho civil¹. Por ello, es fundamental diferenciar ambos conceptos, ya que presentan similitudes en su contenido y en las consecuencias derivadas de su respectiva aplicación. Pero la diversidad de sus respectivos fundamentos y diferente naturaleza hace imprescindible establecer claramente sus puntos de divergencia, así como sus puntos de encuentro y qué medios pueden ser adecuados para que obtengan eficacia práctica como cauces para compensar a la víctima del daño padecido.

Como recuerda QUINTERO OLIVARES, la responsabilidad civil ha ido adquiriendo con el tiempo mayores funciones político-criminales. Por ello el CP contempla en varios puntos que la satisfacción de la responsabilidad civil o el esfuerzo realizado en ese sentido supone una condición para obtener determinados beneficios². En opinión de este autor, tanto la responsabilidad civil como la JR comparten la misma idea de satisfacer el daño causado. Por ello puede producirse una cierta confusión entre ambas figuras a pesar de sus evidentes diferencias. Entre las que dicho autor destaca el hecho de que la responsabilidad civil a la que se refiere el art. 110 del CP es evaluada y determinada por el Juez en su sentencia, mientras que, por ejemplo, la reparación acordada en mediación supone la puesta en práctica de un proceso mediador que culmina con un acuerdo en el que las partes consensuan la forma y contenido de la reparación³.

¹ GALAIN PALERMO, P., *La reparación*, cit., p. 38.

² QUINTERO OLIVARES, G., en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal*, cit., p. 407.

³ QUINTERO OLIVARES, G., en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal*, cit., p. 408.

Se realiza una aproximación a la figura de la reparación, con sus distintas variables, haciendo especial hincapié en las repercusiones jurídicas y penológicas que puede aportar, en qué casos cabe su aplicación y cómo llevarla a la práctica de una forma eficaz que consiga integrar y dar voz a los protagonistas del delito que adquieren así un papel destacado en su diseño, concreción y efectividad real. La figura de la reparación y los medios para darle efectividad son precisamente dos focos principales de interés que se irán desarrollando a lo largo de este trabajo.

2. LA REPARACIÓN COMO TERCERA VÍA DEL DERECHO PENAL

Como señala LARRAURI, la naturaleza jurídica de la reparación es una cuestión muy discutida: ¿se trata de una pena, de una sanción civil, o de algo distinto?⁴. Siguiendo a LARRAURI, algunos autores, como GARÓFALO o FERRI, consideran que la reparación es una pena, ya que se impone coactivamente por un Juez o un tribunal penal a consecuencia de un delito, y trasciende la mera restitución del daño causado a la víctima. Otros, como ROXIN, consideran, sin embargo que, siendo la reparación apta para cumplir los fines de la pena, en especial el de prevención-integración, actuaría como una tercera respuesta posible frente al delito, cuya función y objetivo es diferente al de las penas y las medidas de seguridad a las que puede moderar, complementar y sustituir⁵.

Por su parte, GALAIN PALERMO defiende que la reparación del daño cumple diversas funciones dentro del sistema penal actual, ya que permite no solo la tradicional disminución de la pena, sino incluso su exoneración en algunas situaciones⁶. En estas situaciones, la reparación ha ingresado en el sistema penal para ocupar el lugar de la pena. Sin embargo, esta idea no es compartida por toda la doctrina ya que algunos defienden, efectivamente, la reparación y las formas de consenso como figuras del Derecho penal, mientras que otro sector opina que la reparación solo puede darse como un proceso alternativo y distinto del procedimiento formal⁷.

⁴ LARRAURI PIJOAN, E., en LARRAURI PIJOAN, E. / CID MOLINÉ, J. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 175.

⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal*, cit., p. 109.

⁶ GALAIN PALERMO, P., *La reparación*, cit., p. 29.

⁷ GALAIN PALERMO, P., *La reparación*, cit., p. 29.

A juicio de LARRAURI PIJOAN “la reparación no “es” sino que puede ser dotada de una u otra naturaleza”⁸. Efectivamente, aunque el presente estudio parte, básicamente, del concepto propugnado por ROXIN que entiende la reparación como una tercera vía diferente de la pena o de las medidas de seguridad, la naturaleza de la reparación dependerá de las características concretas que se le asignen. Si, por ejemplo, la reparación viene impuesta coactivamente por el Juez, sin tener en cuenta la voluntad de las partes, y su contenido está previamente determinado por ley o se concreta por el mismo Juez que estima la culpabilidad y como consecuencia impone dicha reparación, en este caso adquiere, o al menos se acerca a las características de la pena a la que sustituye, como explica SUEIRO, constituyendo como una tercera clase de pena⁹.

Modelos de este tipo los encontramos, como señala LARRAURI PIJOAN, en Inglaterra y Estados Unidos. En Inglaterra la *Compensation order* introducida en la *Criminal Justice Act* de 1972 contempla la posibilidad de que el Juez penal condene exclusivamente a la reparación y que ésta tenga prioridad sobre la multa cuando el ofensor no tiene medios para hacer frente a ambas. En Estados Unidos la *Victim and Witness Protection Act* de 1982 establece la posibilidad de que los tribunales federales condenen por delitos federales exclusivamente a la reparación (*restitution order*). En ambos casos la reparación puede ser, o bien una pena impuesta por el Juez como sanción única en delitos de escasa gravedad, o formar parte del conjunto de obligaciones que acompañan la *probation*. En la legislación norteamericana, la pena de reparación puede consistir en reparar a la víctima por el daño sufrido o permitir que se haga un trabajo en beneficio de la víctima o de una persona distinta o en favor de una organización. Está prevista para los daños contra la propiedad, lesiones y muerte. Para fijar la cantidad el Juez tiene en cuenta tanto las pérdidas de la víctima como los medios y necesidades materiales del autor y su capacidad futura de ganar dinero. Si la persona deja voluntariamente de pagar pudiendo hacerlo, queda abierto el recurso de la cárcel.

⁸ LARRAURI PIJOAN, E., en LARRAURI PIJOAN, E. / CID MOLINÉ, J. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, cit., pp. 175 ss.

⁹ SUEIRO, C., *La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, dogmática, procesalista y político criminal*, Fabian J. Di Placido, Buenos Aires, 2006, p. 31.

Como señala LARRAURI PIJOAN, la ventaja de este modelo en una cultura de corte penalista reside en la conservación de las garantías, ya que la reparación sigue a la declaración de culpabilidad demostrada en un proceso penal presidido por un Juez en el que la víctima no ha participado como protagonista. Por el contrario, el peligro radica en que la reparación no supone una alternativa a la cárcel, sino que se impone cuando la pena prevista hubiese sido de multa, o bien se añade a la *probation*. Con ello la reparación se convierte en alternativa únicamente de “*condenas distintas de la pena de prisión, implicando un aumento de las penas a cumplir*”¹⁰.

TAMARIT SUMALLA recuerda que la reparación de los daños causados por el delito, concebida como sanción de carácter penal, tiene antecedentes muy lejanos en el tiempo. Como ejemplo, recuerda la tradición de los pueblos germánicos, que utilizaban formas de reparación en el marco del clan o “*sippe*” familiar ¹¹. En la Europa medieval, muchos sistemas punitivos de diferentes comunidades contemplaban la compensación como una de las reacciones más habituales frente al delito, aunque, evidentemente, se trataba de modelos muy rudimentarios y distantes del concepto actual de reparación. El mismo TAMARIT SUMALLA señala como antecedentes más próximos los esfuerzos realizados en el seno de la Escuela Positiva italiana para insertar la reparación a los perjudicados dentro del sistema penal¹². Así GARÓFALO preocupado por la situación de la persona que sufría a causa de un delito, diseñó un “*sistema racional de penalidad*” en el que, junto a la pena de muerte y a la privativa de libertad, incluyó la reparación del daño como pena independiente que podía hacerse efectiva mediante la indemnización directa al perjudicado, o bien en forma de pago al Estado (multa) con posibilidad, también, de una prestación laboral (*lavoro coatto senza carzerazione*)¹³. De forma similar, FERRI entendía que la reparación era uno de los medios de los que disponía el Estado para reaccionar contra la criminalidad, ya fuese directamente a través de una indemnización pública u obligando al autor a resarcir los daños causados a cargo de su patrimonio. En este segundo

¹⁰ LARRAURI PIJOAN, E., en LARRAURI PIJOAN, E. / CID MOLINÉ, J. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión* cit., p. 175.

¹¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals, Justícia i societat*, núm. 11, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, p. 87.

¹² TAMARIT SUMALLA, J.M., *Justícia i societat*, núm. 11, 1993, p. 89.

¹³ GARÓFALO, R., “La Criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión”, RDS, vol 1, núm. 3, 1895, pp. 384-388.

caso, se trataba de un deber de Derecho público que el autor podía cumplir en forma de multa o de indemnización. De esta manera la reparación se convertía en una forma más de reaccionar contra cualquier hecho que presentase rasgos antisociales, de acuerdo con la premisa de que todo acto antisocial provoca una forma de sanción adecuada a su naturaleza y a la de su agente, sin que exista una diferencia sustancial entre el ilícito civil y el ilícito penal¹⁴.

La antisociabilidad es el substrato común y la finalidad de “defensa” y “conservación social”, el fin último de toda sanción. Los positivistas italianos fueron consecuentes con la naturaleza sancionadora que otorgaban a la obligación de reparar, ya que la cantidad de la indemnización debía ser el doble o más del daño ocasionado. FERRI llegó incluso a calificar de inmoral la equiparación del deber de resarcir los perjuicios del delito con la obligación derivada del incumplimiento contractual. Las propuestas de FERRI no se plasmaron en el CP italiano de 1930. En cambio, sí encontraron acogida en diversos Códigos penales latinoamericanos que adoptaron medidas legales de reparación. El primero fue el Código de defensa social cubano de 1926 que creó la “*Caja de resarcimientos*”. Un fondo público que no sustituía la indemnización a cargo del autor, sino que más bien la facilitaba, ya que, a través de la misma, el Estado asumía directamente la satisfacción de una prestación a favor del ofendido, pero después se encargaba de cobrarla al causante del perjuicio. También el Código mexicano de 1931 –“CP para el distrito federal”- se hizo eco de las ideas innovadoras de los positivistas italianos y recogió la reparación como una sanción penal de orden público que, junto a la multa, conformó la llamada “sanción pecuniaria”. Pero al ser considerada una pena estatal, quedaba al margen de toda intervención de las partes, tanto en la forma de imposición como en la de hacerse efectiva. De ahí que no se admitieran ni acuerdos ni transacciones entre autor y víctima.

Como apunta TAMARIT SUMALLA, el precedente más próximo y de mayor influencia en la introducción de los recursos legales en la Europa continental para hacer efectiva la reparación, ha sido el modelo del Derecho anglosajón de corte más flexible, pragmático y utilitarista. Desde la década de los sesenta del siglo XX continúa el citado autor, la

14 FERRI, E., *Sociología criminal* (trad. SOTO Y HERNÁNDEZ, A.), Analecta, Madrid, 1907, *passim*.

reparación está obteniendo una repercusión creciente en el Derecho penal¹⁵. Es preciso señalar que cuando la reparación tiene la función de pena, se confunde con ella y se niega la voluntariedad tanto de la víctima como del infractor, ya que su aplicación y contenido vienen determinados por una voluntad ajena a las partes. Supone también que su aplicación requiere una previa declaración de culpabilidad, sin la cual la reparación como pena no puede llevarse a cabo.

Por su parte, CEREZO MIR considera que “*la reparación voluntaria del perjuicio causado a la víctima contribuye a la reafirmación del ordenamiento jurídico y pone de manifiesto, además, una menor necesidad o incluso la falta de necesidad de pena, desde el punto de vista de la prevención especial, sobre todo cuando obedezca a un móvil de arrepentimiento*”¹⁶. No obstante, el mismo autor añade que, desde la prevención general, la reparación no puede satisfacer plenamente la función de ejemplaridad de la pena porque el bien jurídico lesionado es un bien del Derecho, aunque su portador sea una persona particular, considerando que el delito implica siempre una lesión de intereses sociales. Por otra parte, valora como escasa, la eficacia intimidante de la reparación estimándola inferior a la de la pena. Según CEREZO MIR la reparación no puede cumplir plenamente los fines de la pena, por ello concluye que solo debe dar lugar a una atenuación de la pena, aunque sea considerable, pero no a su sustitución¹⁷.

Por el contrario, ROXIN valora que el atractivo del fomento de la reparación en Derecho penal radica en el beneficio que aporta tanto a la prevención general como a la prevención especial y que la legitimación de la reparación está en el principio de subsidiariedad de la pena de prisión, la consideración de la víctima y sus necesidades y la no desocialización del delincuente¹⁸. Precisamente resalta, en primer lugar, su “*efecto preventivo general en su mejor sentido*”. La paz jurídica se ve restablecida, fundamentalmente en los pequeños delitos con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor. Como apunta el citado autor, de este modo “*el conflicto se soluciona, se restablece el orden*

¹⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) / GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTI CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., *La Justicia restaurativa, desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.

¹⁶ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pp. 44 y ss.

¹⁷ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pp. 46 ss.

¹⁸ ROXIN, C., *La evolución*, cit., pp. 35 ss.

*jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del Derecho de una forma clara para la población*¹⁹, cumpliendo la reparación los fines de la pena en general y la prevención-integración (prevención general positiva) en particular. Esta idea de prevención-integración, como aclara LARRAURI PIJOAN, pretende reducir el impacto del delito atribuyendo a la pena los siguientes efectos: pedagógico-social, de reafirmación de las normas y de las expectativas y restablecimiento de la paz social²⁰.

En la misma medida, según ROXIN, la introducción de la reparación y la conciliación entre autor y víctima es adecuada a las exigencias de la prevención especial, ya que el autor se ve obligado a “enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y en definitiva a desplegar una tarea resocializadora”²¹. La reparación no tiene las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y, por ello, es satisfactoria también desde el punto de vista de la resocialización, ya que evita la estigmatización y marginación del ofensor y le brinda una vía para compensar el daño causado y recuperar la estima social.

Por otra parte, como afirman MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, la reparación al operar con posterioridad a la comisión del delito no supone una disminución de la culpabilidad, sino la prevalencia de razones de política criminal para favorecer el comportamiento posterior del responsable, reparar los efectos negativos de la infracción²², y mejorar de esta forma, las propias perspectivas vitales de reintegración social. DÜNKEL considera que la reparación es un principio inmanente al Derecho penal vigente en la mayoría de los países como lo demuestran las imposiciones en el marco del sobreseimiento del proceso por la policía o la fiscalía, las correspondientes condiciones judiciales para la suspensión de la pena o la pena de reparación establecida en algunos ordenamientos jurídicos como sanción independiente²³. El mismo DÜNKEL entiende que la reparación y la conciliación delincente-víctima enlazan con la dimensión pacificadora, solucionadora de conflictos

¹⁹ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 35.

²⁰ LARRAURI PIJOAN, E. / CID MOLINÉ, J., *Penas alternativas*, cit., p. 175.

²¹ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 36.

²² MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 487.

²³ DÜNKEL, F., “La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho Internacional Comparado”, Universidad del País Vasco, (en línea: www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/12+-+Conciliacion+delincuente.pdf)

del Derecho penal. Son formas de reacción practicables y adecuadas para relativizar en gran medida, e incluso eliminar eventualmente en el ámbito de la criminalidad pequeña y mediana, la demanda punitiva del Estado.

ROXIN entiende que la autonomía de la reparación reside en que no se le impone al autor de forma que solo le permita aceptarla y soportarla con resignación. Por el contrario, él mismo tiene que asumir la responsabilidad y colaborar activamente para restablecer la paz social perturbada. La importancia de esta forma de reacción para el Derecho penal reside en el principio de subsidiariedad, es decir, en la idea de que la pena como la medida político-socialmente más severa sólo debe aplicarse cuando el mismo resultado no puede alcanzarse por otros medios menos gravosos. Por consiguiente, según ROXIN, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para compensar lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal²⁴.

En la línea apuntada por ROXIN *“entre todas las instituciones con relevancia sancionadora, la reparación y la conciliación entre el autor y la víctima, son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor”*²⁵. De ahí que sostenga que *“la relevancia sancionadora de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es por tanto un ejemplo modélico de la política criminal que defiende y el motivo por el que hace ya quince años me he comprometido con ella. Soluciones como esta abren el camino a una política criminal humana de futuro”*²⁶. En consonancia con sus postulados, la reparación se adapta perfectamente a la función de intervención mínima del Derecho penal imperante en buena parte de la ciencia jurídico penal, ya que supone una actuación menos agresiva y más respetuosa con los derechos y libertades que el propio ordenamiento reconoce a todas las personas, incluidos los responsables de actos delictivos. Y también responde más adecuadamente a la idea constitucional de resocialización o recuperación social del ofensor.

²⁴ ROXIN, C., “Pena y reparación” (trad. GIMBERNAT ORDEIG, E.) conferencia pronunciada por ROXIN en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000. Sección Doctrinal, tomo LII, Ministerio de Justicia (Centro de publicaciones) Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 13.

²⁵ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 36.

²⁶ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 36.

Respecto a la supuesta defensa de los intereses sociales que se asigna a la pena, en la mayoría de los casos, la sociedad en su conjunto no gana ni mejora nada privando de libertad a los ofensores. En cambio, si se les brinda la posibilidad de reparar por ellos mismos el daño causado, se les está facilitando la oportunidad de iniciar un proceso de reflexión personal y responsabilización ante los demás que les permitirá mejorar su propia imagen socialmente dañada, recuperando la confiabilidad que habían perdido al cometer el acto ofensivo. Además, al asumir y responder voluntariamente de las consecuencias de sus actos, evitan su estigmatización y quizá un daño irreparable en sus relaciones familiares, laborales y sociales. También gana la víctima que tiene la opción de ser escuchada, de hacer valer directamente sus intereses y participar activamente en el proceso de satisfacción de sus necesidades y de su derecho lesionado. En esta línea, ROXIN afirma que la mera punición del autor no aporta ninguna ventaja para la víctima, pero la vinculación entre sanción y reparación abre la mejor posibilidad de ayudar a la víctima para reivindicar y obtener sus derechos²⁷. Por último, gana la propia sociedad que en nada se beneficia apartando a miembros no peligrosos que podrían estar plenamente integrados en el tejido social, contribuyendo a su cohesión y avance.

De hecho, ROXIN señala que un Derecho penal de prevención orientado hacia el autor recibe un nuevo impulso a través de la inclusión de la reparación voluntaria en la estructura del sistema de sanciones²⁸. *“Pues si el autor por su propio interés se esfuerza en resarcir rápidamente a la víctima, tiene que relacionarse con ella, confrontarse interiormente con su conducta, con el daño que le ha causado y dar una prestación constructiva, entendida como socialmente razonable y justa de manera inmediata, esto puede contribuir mucho a la resocialización, es decir tiene un gran valor preventivo especial”*²⁹. Y reconoce que esta reparación garantiza, adicionalmente, un valor preventivo general con respecto a la comunidad, ya que el trastorno social causado por el hecho queda neutralizado cuando el daño es reparado y se reinstaura el estado originario. A juicio de ROXIN, las investigaciones empíricas de diversos países demuestran que la mayoría de la población opina que, en los delitos leves y medianos, en caso de que el

²⁷ ROXIN, C., “Pena y Reparación” (en línea: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-PenaYReparacion-298206.pdf>), p. 8.

²⁸ ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., pp. 459 ss.

²⁹ ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., p. 460.

daño producido sea voluntariamente reparado se podría prescindir de la pena o podría atenuarse sustancialmente.

En España, numerosos autores como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA³⁰, defienden que la reparación no es una cuestión autónoma con finalidades propias, sino que se trata de un medio para obtener los mismos fines que se persiguen con la pena. Es decir, la reparación sirve a la consecución de la prevención general positiva y a los objetivos de la prevención especial. Por su parte, GIMÉNEZ SALINAS apunta que, si el autor de los hechos puede y quiere reparar ha de encontrar su lugar en el Derecho Penal³¹. Continúa la citada autora que, junto a los fines clásicos del Derecho penal, aparece una nueva función que sería la llamada “*Reconstitución de la paz jurídica*” que cumple una función pacificadora, recordando que en Alemania y Austria esta reparación o “*reconstitución de la paz jurídica*” se reconoce como la tercera vía “*dritte Spur*”.

La suma de estas tendencias y concepciones sobre el valor de la reparación junto a la tradicional influencia de la doctrina alemana, dieron como resultado que el CP de 1995, llamado también “Código de la democracia”, incorporase, por primera vez en España, el concepto de reparación voluntaria por parte del infractor y que le reconociese una trascendencia jurídico penal concreta como atenuante genérica de la pena y como vía para facilitar otros beneficios, tales como la sustitución de la pena privativa de libertad en determinados supuestos. En esta línea, MIR PUIG concluye que la atenuante de reparación introducida en el art. 21.5 CP enfatizaba un rasgo característico de la moderna Política criminal: “*la utilización del Derecho penal para estimular la reparación del daño causado a la víctima*”, sumándose el ordenamiento español “*a las legislaciones que admiten, con carácter general, que la reparación a la víctima, por sí misma, tenga efectos limitadores de la pena*” sin que se condicione al arrepentimiento y pueda estimarse incluso una vez iniciado el procedimiento penal siempre que sea anterior al juicio oral³².

³⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La tercera vía”, en RÖSNER, D. / GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E. / EQUIP DE MEDIACIÓ DEL DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediación Penal*, JIS, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 120.

³¹ GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., “*La mediación i la reparació. Aproximació a un model*”, en RÖSNER, D. / GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E. / EQUIP DE MEDIACIÓ DEL DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediación Penal*, JIS, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999, pp. 69 ss.

³² MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 640 s.

Autores como SCHÖCH dotan a la reparación de un mayor alcance, vinculándola a los fines de la pena y destacando que el efecto pedagógico para el autor puede asumirse mejor mediante la reparación que con la propia pena. No sólo por la oportunidad de reelaborar el hecho y reconocer los derechos ajenos que ha perturbado, sino por el mismo carácter positivo de las prestaciones reparatorias en las cuales no se dan los negativos efectos accesorios de las penas ya sean privativas de libertad o pecuniarias. El simple resarcimiento, aparentemente, no parece desplegar por sí mismo efectos tan intimidatorios como la pena, pero sí puede estimular elementos reflexivos de más largo calado en el individuo que provoquen cambios en su forma de actuar y que resulten más preventivos que el mero castigo³³.

Una cuestión importante es la relativa a cuáles son o deben ser los efectos que puede conllevar la reparación. En el *AE* se establecieron tres: la sustitución, la suspensión y la atenuación de la pena, a la que podemos añadir la “*diversión*” de los sistemas anglosajones (desviación del caso fuera del sistema penal tradicional) que supone desactivar, en determinados supuestos de escasa gravedad, la respuesta penológica por entender que ya no es necesario imponer una pena ante la reparación producida con satisfacción manifestada por la víctima. Las distintas modalidades son aplicables según las circunstancias que concurran. En la sustitución la reparación puede facilitar el cambio de la pena privativa de libertad por otro tipo de pena menos lesiva en aquellos casos en que se pone en evidencia la voluntad reparatoria del victimario. El CP de 1995 se incorporó la sustitución, reconvertida como una forma de cumplimiento de la suspensión condicional en la reforma operada en la LO 1/2015. En la suspensión, la reparación puede facilitar que la pena quede sin aplicar de forma condicional si la satisfacción alcanzada con la reparación puede hacerla prescindible. En el CP del 95 se reguló la suspensión para determinados supuestos potenciados en la LO 1/2015 en que se ha incluido la mediación como condición para su obtención, siempre que se haga efectiva la reparación acordada (84-1). En la atenuación de la pena cuando, a pesar de la reparación producida, no proceda

³³ Se refiere a ello TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Reparació a la Víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències polític-criminals”, *JiS*, núm. 11, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, p. 95.

la suspensión o la sustitución, la reparación funciona como factor de atenuación de la pena. También en el CP del 95 se asumió esta idea al reconocer a la reparación los efectos de una atenuante genérica en su art. 21.5 y varias atenuantes específicas en la parte especial.

En la línea apuntada por LARRAURI PIJOAN, la reparación es una pena cuando la impone coactivamente un Juez o tribunal como consecuencia de un delito³⁴. Una opinión no compartida por ROXIN para quien, como he señalado, la reparación no es ninguna pena, sino que se encuentra al servicio de la prevención general y especial, y actúa como una tercera respuesta diferente y posible ante el delito, junto a las penas y a las medidas de seguridad. Es evidente que la voluntariedad es un factor esencial en la determinación de la naturaleza de la reparación. Si la reparación viene impuesta por un Juez, su naturaleza se asimila a la pena, pero si la reparación se lleva a cabo voluntariamente por la persona que ha cometido el acto delictivo, de acuerdo con la propia víctima, su naturaleza tiene elementos claramente diferenciadores de la pena.

Por su parte, GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN tras enumerar las diferencias, la incidencia y las consecuencias derivadas directamente de la responsabilidad penal (la pena y la responsabilidad civil ex delicto)³⁵, añaden la reparación como tercera vía³⁶. Un instrumento distinto de la pena y de las medidas de seguridad, de actuación y consecuencias independientes, pero que puede tener repercusiones sobre ambos tipos de responsabilidad (la penal y la civil) e incluso modificar su incidencia sobre cada caso concreto.

En efecto, como apunta ALASTUEY DOBÓN la reparación, entendida como una auténtica consecuencia jurídico-penal del delito que en ocasiones podría suponer una única respuesta al mismo, debería integrarse en el Derecho penal como tercera vía junto a la pena y las medidas de seguridad³⁷. Si el ofensor consigue reparar por completo las

³⁴ LARRAURI PIJOAN, E. / CID MOLINÉ, J., *Penas alternativas*, cit., p. 174.

³⁵ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 38 ss.

³⁶ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 41 ss.

³⁷ ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000 p. 66.

consecuencias del delito antes del juicio oral habría de renunciarse a la pena. Según la citada autora, la reparación entendida de esta forma incluiría prestaciones diferentes a las que forman parte del contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. En primer lugar, se intentaría restablecer el estado original del bien dañado. Si no fuera posible, en segundo lugar, se acudiría a la indemnización por el equivalente de los daños materiales o morales. Y, finalmente y de forma subsidiaria, respecto a las prestaciones en favor del perjudicado, se acudiría a formas de reparación simbólica como trabajos en beneficio de la comunidad o la entrega de una cantidad monetaria a instituciones de utilidad pública³⁸.

Atendiendo a la idea de la reparación como tercera vía, la diferencia respecto a la responsabilidad civil residiría, a juicio de la citada autora, no solo en el contenido de la prestación, sino también en lo referente a las funciones que se le atribuyen, ya que este concepto de reparación penal a diferencia del civil tendría no solo el componente material de la indemnización, sino sobre todo un componente ideal consistente en el “*restablecimiento de la paz jurídica*”³⁹. En este sentido puede ser válida también una reparación de tipo moral cuando sea satisfactoria para la víctima y le permita sentirse en paz respecto al hecho padecido.

En esta línea, el presupuesto de la reparación como tercera vía radicaría, especialmente, en el reconocimiento de algún tipo de intervención en el acto lesivo por parte del ofensor, y en el reconocimiento del consecuente daño padecido por la víctima o perjudicado a consecuencia de ese acto unido a la voluntad del ofensor de reparar ese daño. La reparación puede producirse de forma previa al juicio oral en sintonía con lo sucedido en la mayoría de los programas y de las experiencias concretas de mediación víctima-ofensor existentes en los diferentes países en los que se aplica la mediación con finalidad reparadora. En estos supuestos, no se ha producido todavía una declaración de culpabilidad, ni por tanto se ha dictado sentencia que sustente la imposición de una pena. De ahí que, en ninguno de estos casos pueda hablarse de reparación como pena, sino de una actuación voluntaria de la persona que, previamente a toda declaración judicial de

³⁸ ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación*, cit., p. 67.

³⁹ ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación*, cit., pp. 67 s.

culpabilidad, reconoce haber participado de alguna forma en una acción que ha causado un daño y que, en la medida de lo posible, manifiesta estar dispuesta a repararlo.

Aquí surge otra de las características distintivas respecto a la pena y a la responsabilidad civil determinada en sentencia: la voluntariedad. La pena se impone y ejecuta mediante sentencia judicial al declarado culpable, la reparación que se describe en el presente estudio, por el contrario, se acuerda voluntariamente entre la víctima y el ofensor y de la misma forma, voluntaria, se hace efectiva por parte del ofensor. En el acuerdo, suele incluirse una cláusula según la cual la víctima que ha sido y se siente ya satisfactoriamente reparada, renuncia a interponer cualquier reclamación civil posterior por daños y perjuicios respecto al ofensor que ha reparado, aunque puede no incluirse en el acuerdo tal renuncia si la reparación no se ha hecho ya efectiva o la reparación efectuada, moral o material, no satisface plenamente los intereses de la víctima. Incluso en ocasiones la víctima puede manifestarse moralmente satisfecha por las disculpas recibidas, pero reservarse la posibilidad de reclamar civilmente los perjuicios materiales producidos a consecuencia del delito.

Si la reparación se ha producido previamente, la medida de la culpabilidad por el delito cometido vendrá igualmente establecida por el Juez, aunque en la graduación de la culpabilidad, por cuestiones de política criminal y si el ordenamiento penal lo permite como es el caso español, el magistrado tendrá en cuenta la reparación producida. Más allá del aspecto jurídico, la víctima reparada, verá parcial o totalmente reducida o compensada la entidad del daño padecido y, posiblemente, su vivencia del comportamiento del victimario adquiera un nuevo matiz. Por ello, como afirma ROXIN, *“no puede sorprender que la marcha triunfal de la idea de la reparación en el Derecho penal se haya visto esencialmente promocionada por la teoría de la víctima”*⁴⁰.

Por su parte, el autor también tendrá conciencia de haber contribuido activamente a disminuir la lesividad de su propia actuación mediante su esfuerzo reparador. Respecto al contenido concreto de la reparación voluntaria, quedará condicionado por la asunción de responsabilidad del propio actor respecto al hecho cometido y del daño causado, pero

⁴⁰ ROXIN, C., “Pena y reparación”, cit., p. 8.

el *quantum* e incluso la naturaleza de la reparación, será establecida de forma consensuada entre ofensor y ofendido y dependerá no solo del tipo de ofensa y de la voluntad de ambas partes, sino sobre todo de las necesidades reparatorias concretas de la víctima y de las posibilidades reales del infractor de satisfacerlas. No obstante, al establecer el contenido de la reparación parece lógico tener en cuenta, no solo la voluntad de la víctima y la valoración de sus necesidades, sino también la magnitud real del daño causado o el *quantum* de la posible responsabilidad civil que puede orientar y enmarcar el tipo y contenido del acuerdo reparatorio. Si este compromiso de reparación se da y se hace efectivo, tal como se ha descrito anteriormente, puede sustituir a la responsabilidad civil si la víctima voluntariamente renuncia a ella, ya que su contenido queda absorbido por la reparación, cuyo concepto es más amplio al poder entenderse que afecta a la responsabilidad penal, a la que modera, influyendo en la pena concreta imponible y puede suponer la total satisfacción de la responsabilidad civil, si así lo estima la víctima y lo acuerdan ambas partes.

A diferencia de la pena, la responsabilidad civil no ha de verse como un castigo por la infracción de la norma, sino como la reparación de un daño que trata de restablecer la situación alterada por dicho daño⁴¹. Mientras que las normas penales tienen una función preventiva, las normas civiles presentes en nuestro CP pretenden únicamente que se repare el daño ya causado, estableciendo quien, como y en qué medida debe hacerlo. Bajo esta óptica, la reparación es un instrumento ventajoso ya que aúna ambos objetivos: se dirige tanto a prevenir actos lesivos futuros como a compensar el daño ya producido.

Efectivamente, el sistema penal a través de sus normas tiene una función preventiva general intimidatoria, en el sentido de que el temor al castigo puede inhibir la realización de conductas tipificadas y sancionadas como delito. Por otra parte, la prevención general positiva pretende estimular la evitación de conductas criminales, más a través de reafirmar el valor y la necesidad social de las normas que del factor meramente intimidante vinculado al castigo. La prevención especial, como hemos visto, va dirigida al infractor, actuando a través de las sanciones establecidas, aunque en muchas ocasiones, la mera aplicación de esas sanciones no consigue el fin esperado.

⁴¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., pp. 48 ss.

La reparación incide también en la órbita de la prevención general y, sobre todo, en la especial positiva, ya que su acento principal no recae en el factor negativo-intimidante del castigo, sino en el elemento positivo de ofrecer al autor del delito la posibilidad de tomar conciencia de las consecuencias perjudiciales de sus actos sobre los demás y “arreglar” por sí mismo o participar, activamente, en la compensación del daño producido. Con ello se estimula un proceso de reflexión personal sobre el propio comportamiento y las consecuencias negativas que pueden padecer los demás a raíz de ese comportamiento. Las normas penales ya no son solamente portavoces de un bien que se defiende a través de una amenaza, sino protectoras de un bien, cuyo valor es tan importante para las personas que debe preservarse y en caso de destrucción o lesión, estimular y facilitar todos los esfuerzos y resortes posibles para que sea reparado.

TAMARIT SUMALLA defiende que una respuesta al delito, de tipo restaurativo, contiene elementos comunes con la dimensión positiva de la prevención: “*en la prevención general, con la idea de restauración de la confianza y de los vínculos comunitarios rotos por el delito y en la prevención especial, con el objetivo de la reintegración social del ofensor (rehabilitación)*”⁴². A través de este proceso de reflexión personal, se pretende responsabilizar más que estigmatizar. Esto es, la reparación no persigue el objetivo de etiquetar a las personas como delincuentes, sino verlos y hacerlos sentir responsables del concreto hecho delictivo. Con ella se estimula la asunción de responsabilidades derivadas de los actos que realizan y la conciencia de que tales hechos no solo vulneran una norma, sino que, en especial, son lesivos para las personas concretas portadoras del bien dañado y negativos para ellos mismos, como integrantes de la misma comunidad, que también se ha visto indirectamente afectada por el hecho. Lo trascendente no es tanto quebrantar una norma abstracta, sino dañar a las personas en sus bienes básicos, ya que detrás de las normas penales se protegen los bienes más importantes para las personas.

Desde esta óptica, la mayoría de los ofensores no han hablado nunca con su víctima ni han tenido la oportunidad de conocer el alcance real del daño que su acción ha provocado

⁴² TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) / GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 64.

en esa persona concreta, sino que “han cometido un robo” o han “dado una merecida paliza” y además han desafiado “con éxito” las prohibiciones del “*establishment*”. La despersonalización del daño cometido, la desvinculación entre el delito y el sufrimiento de la víctima favorecen en muchas ocasiones la reiteración en la comisión de nuevos actos delictivos, ya que se elimina intencionadamente la conciencia del daño provocado a las personas, y el delito se convierte y degrada a una mera “actividad fruto del libre albedrío” o incluso, a veces puede responder al mero desafío de “romper normas”.

Respecto a la reparación acordada, el contenido del acuerdo reparador⁴³, al ser voluntario y consensual, solo puede afectar a las personas comprometidas en el acuerdo y en los términos que establezcan voluntariamente las personas firmantes del acuerdo de reparación. Prevalece la voluntad de las partes y los pactos que lícitamente establezcan. En este sentido cabría admitir que el ofensor o los ofensores, de forma individual, conjunta o solidariamente, se comprometiese o comprometiesen ante el ofendido/s a realizar una actividad o entregar una cantidad en concepto de reparación, a favor de un tercero, si así lo propusiera la víctima y ésta fuese la voluntad consensuada de las partes.

Ahora bien, la responsabilidad por la ejecución práctica del acuerdo, como en todo acuerdo, incumbe a quien se compromete a realizar algo. Si en el acuerdo de reparación entre ofensor y ofendido, un tercero totalmente ajeno a la realización del ilícito penal, adquiere algún compromiso respecto al ofendido, ese compromiso del tercero, podemos entender que tendrá la misma fuerza obligatoria que un acuerdo o compromiso en la esfera civil. No obstante, el acuerdo de reparación, dada su naturaleza penal, al encontrar su razón de ser en la compensación de un daño producto de una ofensa penal, en principio, no es transmisible. En tanto que uno de los objetivos y particularidad definitoria de la reparación, como tercera vía, es el proceso de reflexión y asunción de responsabilidad personal que ha de estimular en el ofensor. La materialización práctica de la reparación ha de ser fruto del esfuerzo personal y de ese proceso íntimo e intransferible de asunción

⁴³ MAGRO SERVET, V., “La Experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante”, en GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N. / SANZ HEMIDA, P. / ORTÍZ PRADILLO, J.C. (Coords.), *Mediación un método de? Conflictos*, Colex, Madrid, 2010, p. 119.

de las obligaciones y responsabilidades⁴⁴ que son consecuencia de los propios actos y que no puede ser sustituido por nada ni por nadie.

Para concluir, el concepto de reparación del que se parte en el presente estudio es el que define la reparación como una tercera consecuencia posible del delito en la misma línea de ROXIN y que se aleja tanto de la reparación asimilable a una pena cuando viene impuesta coactivamente por el Juez a consecuencia del delito cometido, como de la reparación en tanto mera responsabilidad civil. El tipo de reparación que se reivindica, como nueva respuesta diferenciada ante el delito, con virtualidad de sustituir, suspender, evitar o atenuar la pena, es aquella que es fruto de la voluntad de los protagonistas de un conflicto penal que han alcanzado libremente un acuerdo en ese sentido. Este acuerdo puede ser auspiciado por la intervención de un profesional especializado que hace posible el contacto y propicia el consenso en el marco de un proceso restaurativo que define un espacio de diálogo constructivo y restaurador beneficioso tanto para las partes como para la misma comunidad⁴⁵.

3. LA REPARACIÓN EN ATENCIÓN A LA GRAVEDAD DEL DELITO COMETIDO

3.1. Punto de partida

La tipología y gravedad de los delitos en los que cabe la reparación es un tema polémico. Un sector de la doctrina penal limita su aplicabilidad a determinados delitos, en especial, a aquellos que afectan al patrimonio por provocar un daño fácilmente cuantificable y un perjuicio concreto o identificable. Una opinión no compartida por ROXIN quien defiende que la reparación es uno de los logros del AE al hallar la fórmula que permite la aplicación universal a todos los delitos y delincuentes.

⁴⁴ MAGRO SERVET, V., en GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N. / SANZ HEMIDA, P. / ORTÍZ PRADILLO, J.C. (Coords.), *Mediación un método*, cit., p. 125.

⁴⁵ LOZANO ESPINA, F., “Emociones, justicia restaurativa y delitos de terrorismo: introducción a la experiencia emocional del encuentro restaurativo”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los Ojos del otro, encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2013, p. 88.

En este sentido, en el AE se señaló que *“la reparación debe, en primer lugar, realizarse a favor del perjudicado; cuando esto no sea posible, no se obtiene ningún resultado o no es suficiente por sí misma, puede tenerse en cuenta la reparación a favor de la comunidad (reparación simbólica)*. En su capítulo 2 se establecieron diversas maneras de llevar a cabo la reparación: la más usual sería la indemnización por daños y perjuicios al perjudicado, o bien la indemnización a terceros. Pero también cabía su plasmación a través de otras prestaciones materiales como aportaciones dinerarias a instituciones públicas, el ofrecimiento de regalos al perjudicado, prestaciones inmateriales (p.e., la petición de disculpas o conversaciones de conciliación) o laborales (en especial, los trabajos de utilidad social). Estas diferentes prestaciones de reparación podían aplicarse simultánea o conjuntamente, pero no deberían *“suponer una carga desproporcionada o inexigible ni para el perjudicado ni para el autor”*.

Deben diferenciarse claramente dos elementos respecto a la reparación que pueden presentarse de forma conjunta o no. Por un lado, la posibilidad material de su realización que se fundamenta, especialmente, en la voluntad de las partes. Y, por el otro, la puesta en práctica y efectividad generadora de consecuencias jurídicas beneficiosas con respecto al individuo que repara, es decir, que el ordenamiento jurídico reconozca algún tipo de beneficio (penológico) a la reparación efectuada. En la presente investigación, definiendo que la reparación, en principio, sin predeterminedar el tipo concreto de acción reparatoria, debería estimarse como una opción posible, absolutamente voluntaria, fruto de la autonomía personal y ofrecible en todo tipo de delitos en general. Otra cosa sería la trascendencia jurídica y los posibles beneficios jurídicos o penológicos que se reconociesen al victimario que ha llevado a cabo una actuación reparatoria.

En todo caso, siempre que estemos ante la reparación configurada como una opción voluntaria, deberá respetarse la libertad de todas las partes de participar y de implicarse en buscar decisiones consensuadas sobre el tipo y la entidad de la posible reparación que se acuerde. Esta libertad de intervención en un proceso reparatorio ha de ser, tanto a favor del ofensor (sujeto actor del acto delictivo y de la reparación) como del ofendido, ofendidos o perjudicados (como posibles beneficiarios de la reparación). Y la reparación efectuada ha de tener algún sentido positivo o utilidad para ellos y para la comunidad en

la que viven. De esta forma la posible reparación dependerá siempre de la voluntad de los sujetos protagonistas del delito y su contenido reparatorio estará también determinado en función del consenso alcanzado, sin establecerse apriorísticamente limitaciones para su puesta en práctica por parte del sistema. Excepto el respeto a las normas vigentes de Derecho imperativo (civil o penal) y a los derechos inherentes a las personas.

Mención aparte merece la cuestión relativa al reconocimiento de efectos o beneficios jurídicos a la reparación efectuada. En este sentido, el sistema penal debe articular mecanismos mediante los que la reparación realizada con éxito tenga diferentes apreciaciones y significados en función, en primer lugar, de la entidad del delito y, en segundo, del grado de satisfacción formalmente expresado por la víctima o perjudicado respecto a la reparación recibida, ya sea material o moral, o con un efecto reparatorio total o parcial del daño producido por el delito. Teniendo en cuenta estos dos elementos (entidad del delito y grado de satisfacción del daño) podrían articularse dos vías de cuyo análisis me ocuparé a continuación y que tienen como punto de partida básico la gravedad del delito cometido.

3.2. Delitos de escasa o gravedad media

En este tipo de infracciones penales, de acuerdo con los postulados teóricos de autores como ROXIN y las experiencias prácticas comparadas, la reparación voluntariamente acordada y efectuada con plena satisfacción para la víctima y debidamente acreditada, podría suponer el no inicio de actuaciones judiciales, es decir, la renuncia al ejercicio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal. Para hacer posible este recurso debería potenciarse en el Sistema penal español el principio de oportunidad (reglado) para aquellos actos cuya tipificación penal, en abstracto, no superase un límite máximo de pena que, como propuesta de *lege ferenda*, situaría en los cinco años respecto a la pena privativa de libertad. Y para todos aquellos casos castigados con pena de multa y de localización permanente en que el victimario fuese una persona física y el Fiscal apreciase la innecesariedad de la acción pública penal, dada la satisfacción de la víctima con la reparación efectuada y la no derivación de perjuicios para la comunidad, o, incluso, su satisfacción si se hubiesen producido.

Este principio de oportunidad se está aplicando ya con éxito en numerosos países y está demostrando ser un instrumento muy eficaz de descriminalización, especialmente en aquellas conductas que revisten escasa gravedad penal. En España el principio de oportunidad se aplica en menores y en adultos se introdujo, de forma muy tímida en algunos delitos leves, tras la reforma del CP de 2015 y deberá evaluarse cómo evoluciona su aplicación práctica.

La reparación efectuada con posterioridad al inicio de las actuaciones judiciales y a la calificación del Ministerio Fiscal debería motivar la suspensión del proceso judicial una vez comprobada que la gravedad del delito, en abstracto, se sitúa dentro de los límites establecidos y la compensación del daño se ha llevado a cabo con plena satisfacción para la víctima y demás perjudicados, archivando las actuaciones judiciales. Si por la naturaleza del delito y la cuantía material del perjuicio producido estimase el Juez conveniente seguir adelante con el proceso, podría completarse la reparación con la pena de días multa, atendiendo a las características de cada caso.

Precisamente ROXIN explica su adhesión a la idea de reparación, porque la incorporación de la reparación voluntaria al sistema de sanciones de los delitos de pequeña o mediana gravedad “*conjuga de forma airosa los aspectos preventivo generales y especiales con los intereses de la víctima*”⁴⁶. De esta afirmación se desprende que, en este tipo de delitos de escasa o mediana gravedad, la reparación puede convertirse en la respuesta más apropiada al ilícito penal cometido, sustituyendo con éxito una reacción de cariz y finalidad punitiva como sería la aplicación de cualquier tipo de pena, por otro tipo de respuesta de contenido positivo y finalidad integradora.

3.3. Delitos graves

Nos situaríamos, por coherencia con el apartado anterior, en aquellos delitos cuya gravedad superase el límite de la pena en abstracto establecido para conjugar el principio de oportunidad. Por tanto, si indicáramos como desiderátum de aplicación del principio de oportunidad reglado, la pena privativa de libertad hasta un límite máximo de 5 años

⁴⁶ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 60.

(considerada pena grave por el artículo 33.2 CPE, que establece la clasificación de las penas, en función de su “naturaleza y duración” en penas graves, menos graves y leves) se trataría de hechos delictivos castigados con penas superiores a cinco años de prisión. Estos casos, quedarían por tanto fuera de la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad y en consecuencia la acción penal seguiría su curso, a pesar incluso de que se hubiese efectuado una reparación voluntaria satisfactoria para la víctima. Pero la efectividad de la reparación no debería quedar sin ser valorada jurídicamente, ya que la actuación reparatoria efectuada, con satisfacción para la víctima o perjudicados, indistintamente del tipo de delito del que se tratase, jugaría el papel de elemento constructivo o reequilibrante que compensaría (ya sea total o parcialmente) las consecuencias negativas del daño causado y podría atenuar así la entidad de la pena. En justa correspondencia y aunque la sanción no quedase descartada, se aplicaría una disminución penológica en forma de atenuante, pudiéndose aminorar la establecida en abstracto en uno o dos grados. A tal fin se atendería al esfuerzo reparatorio realizado por el autor, la necesidad de la pena desde la perspectiva de la prevención especial, la efectiva reparación realizada y, en especial, el grado de satisfacción de la víctima o perjudicados y de la comunidad, desde el punto de vista de la prevención general.

En este tipo de delitos, que podemos considerar como graves -tomando como medida la pena asignada en abstracto- la reparación efectuada con éxito y con plena satisfacción para la víctima, podría también facilitar la suspensión o la sustitución de la pena inicialmente prevista por otra de gravedad menor, atendiendo a la disminución o satisfacción del daño y a la voluntad reparatoria demostrada por el victimario. Autores como VILLACAMPA ESTIARTE⁴⁷, CID MOLINÉ o LAURRAURI PIJOAN,⁴⁸ apoyan la posibilidad de aplicar la mediación entre autor y víctima con el fin de facilitar un acuerdo de reparación incluso en delitos de carácter violento, destacando sus ventajas en este tipo de criminalidad.

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, RP, núm. 30, 2012, *passim*.

⁴⁸ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI, E., *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 36.

Partiendo de las anteriores consideraciones, parece loable la configuración del artículo 21.5 CP, donde se regula la circunstancia atenuante “*de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*”. Su amplia configuración y su función como atenuante genérica posibilita que, en principio, sea tenida en consideración en cualquier tipo de delito. No se exige como condición adicional que la reparación coincida exactamente con la entidad del daño causado o se compense totalmente, ya que utiliza la expresión “*o disminuir sus efectos*”. Lo cual permite su extensión a cualquier tipo de delito dada la ausencia de límite cuantitativo penológico alguno. De acogerse una interpretación restrictiva de la misma, podría deducirse que, al señalar que la reparación debe hacerse “a la víctima”, la atenuante de reparación quedaría descartada en aquellos delitos en los que no existe una víctima determinada y en los que la reparación a la víctima directa del delito ya no fuese posible (homicidio o asesinato). Pero también puede considerarse que la reparación “a la víctima”, de acuerdo con el tenor literal del art. 21.5 es aplicable en los supuestos de víctima inconcreta o difusa y quizá incluso indirecta, en los términos de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito.

A efectos del concepto de víctima difusa puede argumentarse que no estamos ante la ausencia de víctima, sino que la misma no ha sido individualizada o que, incluso, entendemos que las víctimas potenciales pueden ser un número indeterminado de personas. Un ejemplo usual de este tipo de delitos con víctima difusa (tomando la definición de ROXIN para estos supuestos) es el relativo a los delitos contra la salud pública o contra el medio ambiente. En esta tipología delictiva, el autor puede llevar a cabo actuaciones de signo reparador con una significación práctica útil y compensatoria para las potenciales víctimas. En este sentido, un ejemplo puede ser el de una empresa que vierte residuos tóxicos a un río y que, ante la situación producida y previamente a la celebración del juicio oral, realice acciones reparatorias que contribuyan a reducir o eliminar la contaminación generada. Con esa actuación, las víctimas, numerosas e inconcretas, de ese vertido se verán, total o parcialmente compensadas del daño producido disminuyendo de este modo la necesidad de pena. En estos casos, el tipo de reparación podría ser acordado a través de encuentros entre un representante de la comunidad afectada y otro de la industria contaminante, ambos con capacidad bastante para tomar y

asumir decisiones útiles sobre la entidad, tipo y efectividad de la reparación, así como de las actuaciones futuras de signo preventivo.

Otro supuesto prototípico es el tráfico de drogas como delito contra la salud pública en que las potenciales víctimas pueden considerarse reparadas mediante actuaciones del autor de los hechos dirigidas a “disminuir los efectos” de tales hechos. Entre las acciones que podríamos calificar de compensatorias, destacarían las actividades encaminadas a contrarrestar las consecuencias de la acción delictiva; por ejemplo, la participación activa del autor en programas y actuaciones de concienciación sobre los efectos nocivos del consumo de drogas sobre la salud, o en campañas de prevención o colaboración con centros de desintoxicación. En estos casos es posible y favorable, tanto para la víctima difusa (la comunidad perjudicada) como para el propio autor, llevar a cabo actividades positivas que compensen o reparen el daño causado a la víctima o víctimas potenciales y, consiguientemente, puedan estimarse merecedoras de la aplicación de la atenuante de reparación del art. 21.5. Por otra parte, cabe la posibilidad que la persona que actúe en representación de la víctima difusa o comunidad afectada prefiera que el acusado realice una actuación concreta en beneficio de un tercero o de una entidad sin ánimo de lucro si así lo acuerdan las dos partes.

De tratarse de un delito de asesinato u homicidio en grado de consumación, no será posible la reparación directa a la víctima, ni a título póstumo ni en memoria de la persona fallecida, ante la imposible prestación de su consentimiento. Y, además, como destaca QUERALT JIMÉNEZ, la vida es el bien jurídico cuya protección está fuera de toda duda⁴⁹. No obstante, el autor del delito podría llevar a cabo alguna actuación de signo reparador que beneficiara a las víctimas indirectas (hijos, esposa, padres y familiares del difunto) siempre que estuviesen de acuerdo en recibir o admitir esa reparación, aunque sea moral. A título de ejemplo, pueden traerse a colación los encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA condenados por delitos de asesinato, relatados por PASCUAL RODRÍGUEZ y los demás mediadores del Programa⁵⁰.

⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 39.

⁵⁰ PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “La preparación del encuentro entre las personas que han sufrido la violencia de ETA y quienes la causaron”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, 2013, pp. 13 ss.

Si dentro de un concepto amplio de víctima entendemos que se incluye también a las víctimas indirectas, tal como contempla la Ley 4/2015, podría estudiarse la aplicación de la atenuante de reparación o la obtención de algún tipo de beneficio penitenciario a favor del autor del delito que hubiese llevado a cabo una actuación de contenido reparador que pusiera de manifiesto el esfuerzo reparador efectuado. En Estados Unidos existe un Programa de mediación⁵¹ en cárceles de alta seguridad que se activa en delitos muy graves y violentos en los que, si los familiares de las víctimas de homicidio o asesinato lo solicitan, se facilita una entrevista conducida por un mediador entre el autor de esos hechos que cumple su condena, muchas veces de cadena perpetua o incluso a la espera de la ejecución de la pena de muerte, y los familiares de la víctima. En no pocos de estos casos, se ha acreditado que el mero hecho de poder hablar con el autor de esos atroces delitos ha supuesto para los perjudicados un alivio psicológico, de signo positivo, que contribuye a la superación del trauma por la pérdida violenta de un ser querido. En un buen número de encuentros que podemos calificar como de “moral o psicológica y parcialmente reparadores” para los perjudicados, no se deriva, en cambio, ningún beneficio penológico para los autores, aunque en ocasiones valoran una mayor tranquilidad personal, especialmente, cuando el autor vive con arrepentimiento presente actos criminales provocados en un momento o etapa anterior de su vida.

Volviendo a nuestro sistema penal, la reparación del daño se regula, de forma amplia, como atenuante genérica de posible aplicación, en principio a todos los supuestos, con las limitaciones mencionadas. Esto es, la reparación ha de efectuarse a la víctima, ya sea de forma directa o indirecta y la víctima o perjudicados han de considerarse compensados.

En definitiva, la reparación debería ser una opción posible en todo tipo de delitos y sus efectos jurídicos graduables y distintos en función, tanto de la entidad de la reparación efectuada como de la gravedad y naturaleza del delito. De hecho, la atenuante genérica del art. 21.5 no excluye de su potencial aplicación a ningún tipo específico de delitos. Así en un delito de gravedad escasa o media, una reparación satisfactoria, podría suponer la no incoación del expediente o el archivo de las actuaciones penales ya iniciadas. Y, sin

⁵¹ Caso de mediación penitenciaria en caso de violación y asesinato en cárcel de EEUU (en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=EH740M8KW8o>).

embargo, en un delito grave actuaría como circunstancia atenuante de la pena que disminuiría su entidad e, incluso, podría facilitar su suspensión, condicionada al cumplimiento de alguna medida que impusiera el Juez en función del caso, de la persona o personas afectadas y de las circunstancias del hecho.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO: ESPECIAL ATENCIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

La comisión de un delito puede ocasionar un daño patrimonial u otro tipo de daños personales a la víctima y a otros perjudicados, ya sean personas físicas o jurídicas. Como hemos visto en el epígrafe anterior, mediante la mera imposición de la pena no se resarce el daño causado al perjudicado, sino que simplemente se inflige un castigo al ofensor en respuesta al delito cometido. Por ello, junto a la pena y con la finalidad de resarcir el daño provocado por el delito, se prevé la responsabilidad civil. Según MIR PUIG la responsabilidad civil supone que “*el autor de un delito deberá reparar el daño económico causado o indemnizar los perjuicios mediante el pago de una cantidad*”⁵², ya que como destaca QUINTERO OLIVARES, los delitos además de generar responsabilidad penal, son fuente de obligaciones y producen responsabilidades civiles reparatoras⁵³ y así queda establecido en nuestro CP⁵⁴.

Las finalidades que persiguen también son distintas, ya que las sanciones penales se dirigen a tutelar el interés público; la responsabilidad civil en cambio se orienta a tutelar intereses privados. La pena es un castigo que se impone al culpable por haber infringido un precepto penal, tiene carácter sancionador y va dirigida al autor del hecho ilícito. La responsabilidad civil, en cambio, se focaliza en el perjudicado y tiende a remediar el daño causado. En este punto la reparación voluntariamente acordada entre infractor y víctima es doblemente eficaz ya que reúne ambas características y ventajas. Por un lado, facilita

⁵² MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 48 ss.

⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General*, 5ª ed., cit., p. 735.

⁵⁴ El art. 109.1 del CPE dicta : “*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. Por otra parte, en el art. 116.1 CPE se indica: “*Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito, los jueces o tribunales señalaran la cuota de que deba responder cada uno*”.

la tutela del interés público de la sociedad afectada que recupera el orden y la paz truncada al compensarse el daño causado, reforzando indirectamente el valor protector y pedagógico del ordenamiento penal, cuyos preceptos han hecho posible la reparación del daño causado. Facilita que el ofensor asuma su responsabilidad en el hecho, ofreciendo una respuesta paliativa a las consecuencias de sus actos y esforzándose en hacer efectivos sus compromisos.

La pena tiene un carácter personalísimo, solo es imponible al autor del hecho ilícito. No puede, por tanto, afectar a alguien diferente del autor de la infracción del precepto penal impidiendo así su transmisión a terceros. Por el contrario, la reparación derivada de la responsabilidad civil puede ser satisfecha por una tercera persona distinta a la que realizó el hecho productor del daño ya que, al orientarse al perjudicado, éste ve satisfecho igualmente su interés, aunque sea un tercero quien repare. Al no ser personal, la responsabilidad civil es transmisible. Del carácter personalísimo de la responsabilidad criminal se deriva también la imposibilidad de cumplimiento solidario entre los partícipes de la infracción penal, que sí está previsto para la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

Siguiendo a MIR PUIG⁵⁵ en la mayoría de las legislaciones la responsabilidad civil queda regulada por leyes civiles y su imposición acontece en un proceso civil distinto al proceso penal. En España, el mismo CP regula la responsabilidad civil derivada del delito y ésta puede ventilarse en el mismo proceso penal. Sin embargo, el perjudicado puede optar también por exigir dicha la responsabilidad ante la jurisdicción civil, tal como se dispone en el art. 109.2 del CPE.: *“El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil”*.

Como recuerdan GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, tradicionalmente, *“las penas y las medidas de seguridad no son las únicas consecuencias jurídicas del delito, sino que también lo es la obligación de reparar los daños y perjuicios, patrimoniales o morales causados por el hecho delictivo”*⁵⁶. Según estos mismos autores,

⁵⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 48 ss.

⁵⁶ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 37 y ss.

de la comisión de un delito (incluido un delito leve, antigua falta) se deriva la responsabilidad penal, y, además, si se han originado daños y perjuicios, generará la denominada “*responsabilidad civil ex delicto*”.

Se desarrolló una rica polémica acerca de si su naturaleza era civil, penal o mixta. No obstante, en la actualidad la doctrina es prácticamente unánime y coincidente sobre su naturaleza civil, ya que tanto la responsabilidad misma como los preceptos que la regulan, tienen naturaleza civil⁵⁷, a pesar de que algunos de estos preceptos se enmarquen dentro del Derecho penal. En este sentido HORTAL IBARRA destaca que tanto la doctrina civilista como penalista y procesalista defienden mayoritariamente la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito, alegando que su fundamento está en el daño causado y no en el delito cometido⁵⁸.

En este punto, sostiene MIR PUIG que la inclusión en el CP es coherente con la consideración de la responsabilidad civil como un tercer instrumento de la política criminal, junto a las penas y las medidas de seguridad⁵⁹. En la práctica, el Derecho vigente condiciona ciertos efectos penales (como la atenuación de la pena) a la satisfacción por el culpable de sus responsabilidades civiles, siquiera sea junto a otras condiciones. A menudo, como destaca el citado autor, en los delitos poco graves puede incluso tener mayor eficacia intimidatoria la responsabilidad civil que la penal. Y ello está justificado, atendiendo a la consolidada tendencia a contemplar la reparación económica del daño causado como una de las exigencias que impone una adecuada consideración de la víctima -y no solo del delincuente- en tanto protagonista -involuntario- del delito. Como concluye MIR PUIG “*la Política Criminal no debería preocuparse únicamente del delincuente, sino también de dar satisfacción a la víctima*”, siendo aconsejable incluso “*ir más lejos y permitir la sustitución de penas pecuniarias o de otro tipo por prestaciones de reparación a la víctima*” en sintonía con los pasos dados en este sentido en el CP de 1995⁶⁰. En opinión de GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, una razón

⁵⁷ El art. 1.089 del Código Civil enumera, dentro de las fuentes de las obligaciones civiles, “*los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”.

⁵⁸ HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o como “resolver” la cuadratura del círculo”, InDret, núm. 4, 2014, p. 11.

⁵⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 48.

⁶⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 49.

histórica se encuentra en el origen de la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el CP al tener lugar la codificación penal antes que la civil, y se ha mantenido hasta hoy, fundamentalmente, por consideradores político-criminales⁶¹.

Aunque el art. 1092 del Código Civil remite al CP respecto a las “*obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas*”, los preceptos del CP a los que hace referencia pertenecen al Derecho privado. La obligación de resarcir el daño es “*una obligación civil*”. Los preceptos del CP no hacen más que desarrollar el contenido de los art. 1.092 y ss. del CC. HIRSCH negó el carácter de pena a la reparación civil, entendiendo que “*pena y resarcimiento civil son dos cosas distintas y no manipulables a través de un cambio de etiquetas*”. En su opinión, el derecho de resarcimiento del daño, es decir, la parte civil del hecho se refiere a la reparación del daño material y eventualmente moral causado al autor mientras que la pena supone añadir un mal ulterior⁶². Por otra parte, la diferente naturaleza de la responsabilidad civil y de la penal queda patente cuando se compara el sentido de ambas: la pena se prevé siempre como consecuencia de la infracción de la norma que prohíbe la realización del delito, en cambio la responsabilidad civil no exige, necesariamente, la infracción de la norma que prohíbe delinquir. Así, mientras que es inconcebible la imposición de una pena sin una actuación penalmente tipificada como antijurídica, el CP establece la responsabilidad civil para sujetos que ni siquiera han intervenido en la realización del hecho (como los dueños de las cosas salvadas, por otro, en estado de necesidad justificante, a costa de otros bienes ajenos, o los responsables subsidiarios previstos por la ley).

Igualmente, si bien la pena implica un castigo por la infracción de la norma, la responsabilidad civil no juega el mismo papel de la pena, sino que supone la reparación del daño causado con el objetivo de restablecer la situación anterior al daño. El deber de reparar se impone a la persona que ha causado el daño en determinadas circunstancias, pero también en algunos otros casos, como en el supuesto del estado de necesidad en que una persona puede resultar beneficiada por el daño ajeno. Por otra parte, la ley prohíbe la

⁶¹ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., pp. 38 ss.

⁶² HIRSCH, H.J., “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, ADPCP, tomo 46, Fasc/mes 3, 1993, p. 281.

realización de acciones delictivas y la pena solo puede imponerse a aquellas personas que infringen tal prohibición, en cambio las normas que establecen la responsabilidad civil no tienen el objetivo, en puridad de prohibir a los responsables civiles la causación del daño patrimonial o moral antes de que se produzca, sino determinar que persona o personas han de asumir el daño una vez ya producido y en que medida deben repararlo⁶³.

MIR PUIG, destaca que *“la utilización político-criminal de la responsabilidad civil derivada del delito, que resulta conveniente, no ha de oscurecer la naturaleza conceptual de esta clase de responsabilidad. Se trata, como su mismo nombre indica, de una responsabilidad de carácter civil”*. Pero finalmente añade que *“puede resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito”*⁶⁴. En esta última afirmación puede adivinarse una vía de acercamiento, o al menos, una separación menos radical entre Derecho civil y penal en algunos puntos.

Entre estos puntos de contacto, destaca evidentemente la reparación a la víctima que puede tener efectos tanto sobre aspectos civiles -como la compensación económica que puede recibir la víctima y la renuncia de la víctima a reclamar la responsabilidad civil, si ya ha sido o se siente reparada- como en el ámbito penal, ya que la efectividad de la reparación, según nuestro propio CP, puede ser considerada como una atenuante, ya sea genérica (art. 21.5 CP.), específica en determinados delitos (arts. 319, 321, 325, 332 CP.), puede también propiciar la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 84.1 CP.) E incluso la participación en Programas de reparación puede suponer un adelanto en la concesión de la libertad condicional por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de forma excepcional en determinadas circunstancias (art. 90.2 CP.). En esta línea, QUINTERO OLIVARES subraya los efectos penales vinculados a la reparación civil del daño, tanto en la determinación de la pena (atenuante de reparación) como en su ejecución (suspensión de la pena privativa de libertad) o en la propia rehabilitación de la persona privada de libertad. De lo cual deduce que la naturaleza, fundamento y función de la responsabilidad civil ya no es puramente civil⁶⁵.

⁶³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 50.

⁶⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 51.

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚGICA, S. / DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 16 ss.

HORTAL IBARRA profundiza en esta misma dirección y defiende que, más allá de la naturaleza esencialmente civil de la reparación civil *ex delicto*, el legislador penal ha vinculado a su incumplimiento diversas consecuencias negativas para aquella persona que, habiendo sido declarada culpable, no atiende voluntariamente a la responsabilidad civil derivada del delito cometido. Por ello, HORTAL IBARRA defiende que la responsabilidad civil delictual cumple, además de una fundamental “*función reparadora-compensadora, una función preventivo disuasoria en la medida en que se incentiva la reparación de la víctima*”. Cumple esta función mediante la pérdida de una serie de beneficios como son, en primer lugar, la disminución de la responsabilidad penal por la aplicación de la atenuante genérica de reparación del daño, en segundo lugar, la posibilidad de evitar el ingreso en prisión por aplicación de la suspensión de las penas privativas de libertad de hasta dos años, o el posible disfrute de un régimen de semilibertad (tercer grado) o de la libertad condicional⁶⁶. El citado autor considera pertinente que perviva la vieja polémica acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*, en cuanto se trata de una institución dirigida a la reparación del daño producido a raíz de un ilícito penal. De ahí que ponga de relieve la “*imbricación penal*” de la responsabilidad civil *ex delicto*, cuestionando su “*sacrosanta pureza civil*” y defendiendo a su vez la existencia de un interés jurídico-público que trascendería a las partes en conflicto⁶⁷.

Respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mencionar brevemente, que la LO 5/2010 regula un catálogo cerrado de delitos legalmente previstos, estableciendo que la responsabilidad penal de la persona jurídica no sustituye la de la correspondiente persona física, sino que ambas se acumulan. MIR PUIG entiende que esta reforma consagra “*un modelo de heterorresponsabilidad*” de la sociedad, es decir de responsabilidad de la empresa por el delito cometido por la persona física que actúa en su nombre o representación. Para establecer dicha responsabilidad, el delito ha de haber sido cometido, en todo caso, por una persona física vinculada a la persona jurídica y además ha de haber sido realizado en provecho de la sociedad. Se ha establecido un sistema de doble vía para la imputación de la responsabilidad en estos casos. Por una parte, la imputación de

⁶⁶ HORTAL IBARRA, J.C., InDret, núm. 4, 2014, p. 16.

⁶⁷ HORTAL IBARRA, J.C., InDret, núm. 4, 2014, p. 18.

aquellos delitos cometidos en nombre y en beneficio de la persona jurídica por las personas físicas que tienen el poder de representación de la persona jurídica (art. 31 bis, 1 a) CP). Esta norma prevé un supuesto de responsabilidad objetiva por la actuación de otro. La persona jurídica no responde por delitos cometidos por ella, sino por sus representantes legales. Por otra parte, se establece la responsabilidad por delitos cometidos por personas sometidas a la autoridad de quienes tienen poder de representación de la persona jurídica, por no haberse realizado el debido control sobre los autores de los delitos (art. 31 bis, 1 b) CP)⁶⁸.

5. RECAPITULACIÓN

La figura de la reparación ha cobrado un creciente protagonismo en los últimos años y ha quedado recogida en la mayoría de los Códigos penales europeos, reconociéndole consecuencias jurídicas que potencian su valor y profundizan en el concepto de tercera vía del Derecho penal, ya avanzada en capítulos anteriores. Es interesante plantearse la posibilidad de abrir la oportunidad de la reparación, sin limitaciones previas vinculadas al tipo de delito o a su gravedad. De hecho, el CP no define el concepto de reparación, ni limita su alcance, ni su aplicación o sus consecuencias en función de la tipología delictiva. Por ello, podría deducirse que, en principio, su contenido y concreción es amplia y que su aplicabilidad es general, no quedando circunscrita o delimitada a determinados delitos, sin perjuicio de que luego sea inaplicable en función de las personas o de las circunstancias concretas del caso.

En esta misma línea, destacar la entidad y la amplitud de miras con que se regula la reparación, por ejemplo, en el art. 21.5 del CP cuando la contempla como una circunstancia atenuante, sin limitar o constreñir su alcance en función de su contenido concreto. Con lo cual puede desplegar sus efectos tanto si se lleva a cabo una reparación total, como parcial, material o incluso moral. En todo caso debe entenderse que si tiene eficacia reparadora es porque la víctima así lo admite, está de acuerdo con el tipo de reparación efectuada y le confiere ese valor.

⁶⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., pp. 839 ss.

Por otra parte, también se han tratado de exponer las diferencias entre la reparación y la responsabilidad civil, ya que entiendo tienen naturaleza distinta y a veces funciones, y finalidades diferentes, e incluso pueden ser asumidas por sujetos distintos. Con ello no se prejuzga que en muchas ocasiones la entidad de la reparación efectuada y acordada entre víctima y victimario pueda sustituir o incluir la responsabilidad civil, o que la víctima pueda darse por satisfecha y renunciar a la responsabilidad civil, si la entidad de la reparación ha sido para ella satisfactoria y entiende que no precisa la reclamación de la responsabilidad civil que pudiera haber derivado del delito cometido.

CAPÍTULO IV. TOMA DE POSTURA

1. ROLES DE LA VÍCTIMA Y EL VICTIMARIO TRAS LA COMISIÓN DEL DELITO

Siguiendo la fórmula dialéctica de HEGEL, “*la violencia es anulada con la violencia*”, entendiendo que la segunda es una anulación de la primera violencia. La pena es la negación del delito y como tal afirmación del Derecho (teoría de la retribución jurídica)¹. Por tanto, si la infracción de la norma se entiende, sobre todo como una negación del Derecho, la imposición de la pena actúa, según HEGEL y su teoría de la retribución jurídica, como una reafirmación del ordenamiento vulnerado. Con esta construcción teórica pierde importancia el daño sufrido por la víctima concreta, que se diluye en lo que se considera un perjuicio para los intereses generales que representa el Estado y que por ello reacciona a través del Derecho penal que es el instrumento a través del cual pone en funcionamiento su monopolio sancionador y punitivo. Según ROCHE, la Justicia Retributiva supone un enfoque teórico basado en el deber y en una mirada retrospectiva². Aunque no debe olvidarse, respecto al paradigma retributivo tradicional, que su enfoque preventivo también tiene una visión prospectiva que le orienta, en este aspecto, hacia el futuro, coincidiendo con la JR en esa mirada con interés en posibles futuras repercusiones.

Respecto a la asunción de roles en el Derecho penal, si el Estado asume el papel de perjudicado frente al acusado o autor, cabe preguntarse ¿qué función les queda a las partes protagonistas del hecho delictivo y, en especial, ¿cuál es el papel que desempeña la víctima en el Derecho penal? Frente a esta asunción de papeles por parte del Estado, dejando en segundo plano a los auténticos protagonistas del acto delictivo, se han alzado voces como la de ROXIN que defienden la subsidiariedad del Derecho penal como última de las medidas protectoras a considerar y únicamente aplicable cuando fallen otros medios de solución, actuando como última ratio con una misión de protección subsidiaria

¹ HEGEL, G.F.W., *Filosofía del Derecho*, publicado por primera vez en 1821 (trad. MENDOZA de MONTERO, A.), 5ª ed., Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 104.

² ROCHE, D., “*Retributive and restorative justice*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W, *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Devon, 2007, p. 77.

de bienes jurídicos³. Incluso más allá, CHRISTIE critica al Derecho penal por producir una “*expropiación del conflicto*”, cuyos titulares se convierten en agentes ajenos a la forma de resolver un conflicto que les pertenece⁴. El sistema penal se apropia de un conflicto, desplazando a sus auténticos protagonistas. CHRISTIE entiende que los sistemas de justicia formalizados de los países industrializados, a diferencia de lo que ocurre en otras comunidades humanas, hacen que los conflictos se conviertan en socialmente invisibles, sobre todo respecto a la víctima, que se ve sometida a un proceso penal y muchas veces no tiene ni la oportunidad de conocer a su agresor. Respecto a los ofensores, el sistema les priva de la posibilidad de exponer sus motivos, de ser escuchados y de la posibilidad de ser perdonados. CHRISTIE propone la devolución del conflicto a sus auténticos titulares, lo que implica disponer de tribunales de proximidad, orientados hacia el interés de las víctimas y en los que la respuesta al delito se base prioritariamente en acciones restitutivas a cargo del ofensor⁵.

Como señalan MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, hablar del Derecho penal es hablar, de una forma u otra, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa y violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos⁶. En este sentido, ROCHE comenta que el castigo equivale al daño causado por el crimen solo en el sentido más general de que, tanto el crimen como el castigo, pueden ser experiencias muy dolorosas para sus protagonistas⁷. Por otra parte, ROXIN proclama la necesidad de reformar el actual sistema de sanciones, debiendo enfocarnos hacia un “*nuevo sistema sancionatorio socialmente constructivo y variadamente polifacético*”. ROXIN considera que la pena privativa de libertad ha quedado superada y que debería imponerse solo en los delitos más graves: “*la pena privativa de libertad es un factor que tiende a incrementar antes que a prevenir la criminalidad*”⁸.

³ ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., p. 65.

⁴ CHRISTIE, N., “*Conflicts as property*”, *British Journal of Criminology*, vol. 17 (1), 1977, p. 2.

⁵ CHRISTIE, N., *British Journal of Criminology*, vol. 17 (1), 1977, p. 3.

⁶ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, cit., p. 29.

⁷ ROCHE, D., “*Retributive*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W., *Handbook of Restorative Justice*, cit., p. 79.

⁸ ROXIN, C., *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal* (trad. GUERRERO PERALTA, O.), Rubinzal-Culzoni Editores, Sanfa Fe (Argentina), 2007, pp. 200 s.

Ante esta realidad, ¿Es posible reconocer un papel más destacado a los auténticos protagonistas del delito que son la víctima y el victimario en el momento de determinar las consecuencias del acto delictivo? ¿Cabe profundizar en la búsqueda de fórmulas más centradas en las necesidades de reparación y en la pacificación que en la violencia? ¿Cuál es la ciencia o disciplina que se ocupa de escuchar y reivindicar las necesidades de la víctima? ¿Existe algún sistema que reconozca el protagonismo de las víctimas y que, a su vez, promueva la capacidad de reflexión y de responsabilización del victimario?

1.1. La víctima recupera protagonismo

Siguiendo a ALLER, el estudio de la víctima plantea la incógnita de determinar quién es. En primer lugar, se considera víctima aquella persona que fue sometido a una situación aparentemente injusta, siendo el objeto material personal, el sujeto pasivo del delito y el titular del bien protegido por la norma penal. En segundo lugar, el concepto de víctima se asocia al ser vivo por la necesidad de identificar al perjudicado y atribuir correctamente el reproche y la posibilidad de reconstrucción individual y social⁹. Según este mismo autor, no es necesario darse cuenta del propio sufrimiento para ser víctima, pero sí que exista “daño, menoscabo y sometimiento a otra persona”¹⁰. VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ defienden que conocer el perfil de la víctima es un elemento fundamental ya que permite conocer el riesgo de victimización de una persona y delimitar las víctimas más vulnerables en delitos concretos. Según estas mismas autoras para determinar el perfil concreto de víctima es imprescindible conocer los factores de riesgo o las predisposiciones victimales¹¹.

Como vimos en el epígrafe anterior y subraya RODRÍGUEZ MANZANERA, llama la atención el desinterés general hacia la víctima de las ciencias penales a lo largo de la historia. “*El criminal es estudiado, protegido, tratado, clasificado, sancionado, auxiliado en tanto que a la víctima escasamente se la menciona*”¹². En muchos casos, la víctima, como afirma HASSEMER, es tomada en cuenta principalmente desde el punto de vista del autor del

⁹ ALLER, G., *El Derecho*, cit., p. 49.

¹⁰ ALLER, G., *El Derecho*, cit., p. 49.

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción*, cit., p. 26.

¹² RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología*, 3ª ed., Porrúa, México, 2005, pp. 3 ss.

delito, constituyendo un mero punto de referencia de la intervención estatal y de la exigencia de responsabilidad penal frente al autor¹³. La posición de la víctima en el Derecho penal y en el proceso penal se ha caracterizado por su participación escasa o parcial en cuestiones de poca trascendencia. La persecución de los delitos solo se hace depender de la denuncia o querrela de la víctima en supuestos de poca relevancia. En la mayoría de los casos es la autoridad judicial correspondiente la que tiene el poder de decidir sobre la instrucción y sobre la acusación, aunque la víctima puede participar más activamente, personándose como acusación particular mediante la presentación de una querrela.

La víctima tradicionalmente ha quedado relegada en un segundo plano, ya que el proceso penal otorga un mayor protagonismo al imputado. Desde otra perspectiva, si se examinan los fundamentos penales de la participación de la víctima en el control social penal frente al ofensor, el sistema penal disocia la unidad delincuente-víctima propugnada por la criminología. Según HASSEMER, en el Derecho penal la víctima queda neutralizada, limitada a participar como testigo en el esclarecimiento del hecho y con escasos derechos respecto a la conformación del proceso. ALLER, por su parte, constata la constante evolución del concepto de víctima que, desde un punto de vista científico, entiende que es la persona que sufre injustamente por la conducta criminal de otra persona que ha atacado un bien jurídico de su esfera de derechos individuales. Con ello se acota el campo de la víctima al espectro de protección de la norma, en cuanto ésta debe tutelar los bienes jurídicos esenciales penalmente relevantes¹⁴.

Desde una mirada retrospectiva, no siempre la víctima ha tenido un papel secundario, sino que esta limitación actual de su rol responde, en parte, a un elaborado proceso de reacción frente a una omnímoda y distorsionadora potestad de venganza, adjudicada a la víctima y a sus familiares en las sociedades más rudimentarias. La ofensa inferida otorgaba una especie de legitimación a la víctima para actuar contra el agresor en nombre de su concepción individual de justicia. Esta acción, alentada por el ánimo de venganza, era muchas veces desproporcionada y no cerraba el conflicto, sino que podía

¹³ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., pp. 89 ss.

¹⁴ ALLER, G., *El Derecho*, cit., p. 51.

desencadenar una serie de ataques y contraataques que convertían a los agraviados en agresores y viceversa. La escalada del conflicto alteraba la paz social de la comunidad y originaba frecuentes episodios de violencia entre grupos familiares que podían perpetuarse a lo largo de varias generaciones. La ley del Talión delimitó la reacción punitiva del afectado y de su grupo familiar, e introdujo un intento de equiparar la entidad del castigo-vinganza a la gravedad de la acción lesiva cometida.

El siguiente paso fundamental consistió en reducir el protagonismo de la víctima en la gestión posterior al delito y adjudicar a los mecanismos de poder de la comunidad (asamblea de vecinos, magistrados, juntas, concejos, reyes...) la exclusividad de decidir qué era delito, quién era delincuente y cuál sería la pena imponible. La aplicación del castigo les quedaba también reservada, convirtiéndose así en titulares únicos del control social formal que dejaba de estar en manos de los particulares, directa o indirectamente, afectados. Como señala ALASTUEY DOBÓN el nacimiento y desarrollo del Derecho penal supone el fin de las formas de justicia privada asumiendo el Estado el *ius puniendi* en exclusiva lo que conlleva, a su vez, el inicio del abandono de la relevancia de la figura de la víctima. La reacción del Estado frente al delito lo relaciona directamente con el victimario y la víctima cae en el olvido, iniciándose su proceso de neutralización¹⁵.

RODRÍGUEZ MANZANERA, destaca como básica la distinción del Derecho Romano entre los *delicta* de persecución privada y los *crimina* perseguidos de oficio. Se entendía que los *crimina* ponían en peligro a toda la comunidad, mientras que los *delicta* afectaban a particulares y solo de forma indirecta producían una alteración social¹⁶. Progresivamente, cada vez, más *delicta* se convirtieron en *crimina*, hasta llegar al monopolio de la acción penal por parte del Estado, con lo cual la víctima pasaba a un plano muy secundario.

El Derecho penal moderno se caracteriza por el imperio del principio de legalidad, el monopolio del Estado en la reacción penal y la consiguiente neutralización¹⁷ y pérdida de protagonismo de la víctima. El Estado se convierte en detentador del monopolio de la

¹⁵ ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 36.

¹⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología*, cit., pp. 6 y 7.

¹⁷ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pp. 29 ss.

reacción penal, correspondiéndole en exclusiva la realización violenta del interés de la víctima a la que se le prohíbe castigar por sí misma la lesión de sus intereses. La regulación de la legítima defensa supone la consagración de este sistema: a la víctima que es atacada antijurídicamente, se le reconoce la posibilidad de reaccionar para defenderse y únicamente con ese objetivo de defensa puede lesionar al agresor, pero la ley exige observar los límites de la inevitabilidad, necesidad y proporcionalidad de la defensa y solo durante el tiempo que dura la conducta agresora. Si la víctima traspasa estos límites infringe la ley, pudiendo aspirar tan solo y de forma excepcional a que su comportamiento sea exculpado o atenuado, en la medida en que haya actuado bajo los efectos del miedo o del trastorno emocional provocado por la situación¹⁸.

Incluso la criminología tradicional, bajo distintas teorías, se ha ocupado casi en exclusiva del estudio del delito y del delincuente. Como nos recuerda GIMÉNEZ SALINAS, en los últimos cincuenta años se ha producido un movimiento importante y encomiable en defensa de los derechos humanos de los ofensores y de la necesidad de mejorar el tratamiento penitenciario¹⁹. Pero la atención dedicada a la figura de la persona agraviada no ha obtenido, hasta ahora, un paralelismo similar respecto al interés despertado por el ofensor. La víctima, sus angustias y necesidades psicológicas y materiales parecen haber quedado relegadas a un segundo plano. En esta misma línea, CEREZO DOMÍNGUEZ denuncia la escasa o nula consideración de las víctimas en la elaboración de las leyes penales²⁰. Desde otra perspectiva RÍOS MARTÍN señala que el enjuiciamiento penal y la condena puede ser útil para la víctima, ya que la autoridad reconoce el daño sufrido y se castiga la conducta ilegal del agresor, pero la sentencia *per se* no llega a satisfacer las necesidades emocionales de la víctima, esto es, la sentencia “*en sí misma no es suficiente*”²¹.

¹⁸ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 93.

¹⁹ GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “*La mediació i la reparació. Aproximació a un model*”, en RÖSSNER, D. / GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. / EQUIP DE MEDIACIÓ DEL DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediació penal*, JiS, núm. 19, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona 1999, pp. 70 ss.

²⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ, A., *El protagonismo de la víctima en la elaboración de las Leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, *passim*.

²¹ RÍOS MARTÍN, J.C., *Biografía de la reconciliación. Palabras y silencios para sanar la memoria*, Comares, Granada, 2019, p. 49.

Pese a esta reconocida relegación histórica de la figura de la víctima, en las últimas décadas ha ido adquiriendo una presencia creciente en general y más destacada en ámbitos concretos como por ejemplo en el Derecho penal vial, tanto en la reforma de 2007, como en la de 2019. Como señala HORTAL IBARRA, el legislador se ha referido indirectamente a este tipo de víctimas en las respectivas exposiciones de motivos e incluso sus representantes intervinieron activamente en las preceptivas comisiones parlamentarias en la fase prelegislativa²².

En esta línea de progresivo reconocimiento del papel de la víctima y del interés por satisfacer sus necesidades debe enmarcarse la Directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En transposición de dicha Directiva, en España se aprobó la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, que como reza su preámbulo, parte del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y del conjunto de la sociedad. El Estatuto contempla un amplio abanico de derechos y posibilidades a las víctimas de delito, tanto en el plano procesal como en el plano más tuitivo y protector. No se pretende regresar al concepto primitivo de Justicia privada ni de estimular la venganza personal y la aplicación de la justicia por propia mano. Se trata de reconocer el papel protagonista de la víctima, de tener en cuenta el daño concreto sufrido, las carencias producidas a raíz del delito, la posibilidad de ser reparada en la medida de las necesidades que requieren ser compensadas y que la propia víctima pueda expresar directamente cuáles son esas necesidades.

Por otra parte, como señalaba HASSEMER, la evolución del papel de la víctima lleva a la criminalización de conductas dañosas sin una víctima individualizada o con una víctima diluida en el seno de la sociedad o *víctima difusa*. En estos supuestos, la víctima es la propia sociedad, ya que determinada actividad se considera como delictiva por su potencial lesividad para todos los integrantes de la comunidad en general. Nos estamos refiriendo al delito fiscal, los delitos económicos, delitos contra el medio ambiente, delitos contra la salud pública etc. Se trata de infracciones en las que, como destacaba HASSEMER

²² HORTAL IBARRA, J.C., “La mutación del Derecho penal vial: la criminalización de los excesos de velocidad como paradigma”, LLP, núm. 100, 2013, p. 4.

la víctima concreta no resulta visible y su interés aparece generalizado a partir de la propia modalidad de la figura delictiva²³.

Todo ello nos lleva a la evidente necesidad de revisar los planteamientos del Derecho penal tradicional y sus inconvenientes. La búsqueda de mecanismos para afrontar los nuevos retos y el reconocimiento del papel de la víctima ya sea individual o colectiva y sus necesidades, ha propiciado movimientos a nivel internacional que buscan nuevas respuestas al delito, más allá del mero castigo que únicamente estigmatiza al ofensor sin ofrecer, en muchas ocasiones, ninguna respuesta útil ni a la víctima ni a la propia sociedad. En este sentido JESCHECK señala que “*en Derecho penal también debe ser tenido en cuenta el interés del lesionado a través del hecho punible, puesto que se promueve la reparación del daño por el autor*”²⁴. En la misma línea, BERISTAIN considera que “*en los primeros tratados, los penalistas se preguntaban, ¿qué debemos responder al delito?; posteriormente se preguntaban, ¿qué debemos responder al delincuente? Hoy se da preferencia a otra pregunta, ¿cómo debemos responder a la víctima del delito?, ¿cómo debemos respetar sus derechos elementales?*”²⁵.

Vivimos en una sociedad en que el individuo reclama sus derechos y la potestad de tomar sus propias decisiones, especialmente, en situaciones que le atañen directamente. El Derecho en general, y el penal en particular, no pueden permanecer ajenos al desarrollo de una mayor autonomía personal y a la necesidad de articular nuevos instrumentos, dentro del mismo Derecho penal que permitan al individuo recuperar el protagonismo y la capacidad de participar en la gestión y en la decisión de los efectos derivados de actos que suponen una agresión para sus bienes básicos y sus derechos fundamentales. ALLER destaca que todo Estado democrático ha de ofrecer a cada víctima una respuesta personal, humana y solidaria que trascienda incluso al mismo Derecho penal²⁶.

SAMPEDRO HERREROS afirma que la víctima ha irrumpido en el Derecho penal y que, desde la victimología de máximos, se avanza hacia el principio de protección de las

²³ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 97.

²⁴ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., pp. 3 ss.

²⁵ BERISTAIN IPIÑA, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 42.

²⁶ ALLER, G., *El Derecho*, cit., p. 78.

víctimas, centrado en lograr su efectiva indemnización y reparación, y en el estudio del papel de la víctima en la etiología del conflicto antijurídico y su influencia en la determinación de la respuesta penal²⁷. Como señalan LENZ / WEITEKAMP / KERNER, las víctimas no han de ser contempladas solo en su papel de testigos o de fiscales accesorios o secundarios²⁸. El cambio de actitud hacia las necesidades de la víctima adquiere un papel preeminente en el desarrollo de la filosofía de la JR. A través de la mediación o de otro método de JR, las víctimas asumen un papel activo en la toma de decisiones que fundamenta su participación en el proceso dialogado en el que se debate acerca del acto delictivo y de sus consecuencias.

Por otra parte, diferentes autores señalan que las investigaciones realizadas muestran que en las víctimas en general no predominan los sentimientos de venganza, sino que están principalmente interesadas en poder compensar el daño padecido. Respecto a las víctimas de violencia de género en concreto, se detecta en ellas un notable desencanto por la diferencia entre lo que las víctimas esperan y lo que obtienen al entrar en contacto con el sistema de justicia penal. Por este motivo, también están en marcha distintos programas que estudian la posibilidad de aplicar fórmulas restaurativas en los casos de violencia familiar²⁹.

Las víctimas, en general, quieren saber por qué el delito les afectó a ellas y no a otras personas. También, en muchos casos, necesitan expresar sus sentimientos de miedo o de ira, o decirle directamente al ofensor el impacto negativo que el delito ha causado en sus vidas. Las víctimas suelen tener gran necesidad de comunicar y obtener una respuesta sincera a estas y a otras cuestiones que les inquietan, de ahí la importancia de habilitar y facilitar un espacio en el que su voz pueda sea escuchada y su voluntad tenida en consideración.

²⁷ SAMPEDRO HERREROS, P., “La irrupción de la víctima en el Derecho penal”, Biblioteca digital UNED (en línea: www2.uned.es/ca-tortosa/Biblioteca_Digital/Biblio/Paloma_Sampedro/La%20irrupcion.pdf), pp. 19 s.

²⁸ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., *Depicting the development of victim-offender mediation. Restorative Justice Realities*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, p. 121.

²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, RP, núm. 30, julio 2012, p. 187.

1.2 Nuevo enfoque en el rol del victimario

Siguiendo a ALLER, para que exista un delito debe haber un autor o victimario que realice la conducta descrita en un tipo penal y conculcar la norma penal llevando a cabo un comportamiento (que puede ser una acción u omisión) dirigido a perjudicar o dañar un bien jurídico de otra persona, incluso cuando no lo sepa³⁰. ALLER introduce una comparación entre víctima y ofensor que induce a la reflexión: según este autor en la condición de víctima no hay dignidad, ni éxito ni fama, muchos perseguidos fueron más trascendentes por sus obras que por su victimización y muerte (Gandhi, Cristo, Jean d'Arc). En cambio, los victimarios alcanzan una notoriedad que no consiguen las víctimas. Para reforzar su argumento, ALLER se pregunta ¿quién conoce los nombres de las víctimas de Jack El Destripador? Sin embargo, todos conocen su fama como homicida³¹. El mayor protagonismo del victimario es evidente.

Centrándonos en el ofensor, las teorías sobre el delincuente eran inicialmente teorías sobre el individuo, pero en desarrollos más modernos se han convertido en teorías sobre la estructura social. En la evolución de estas teorías encontramos aquellas que centran los factores de la desviación criminal en la forma de socialización de las personas y en la influencia de su entorno más inmediato. Más recientemente, tal y como señala HASSEMER³², las teorías de la definición o del etiquetamiento cuestionan esos planteamientos anteriores y estiman que la delincuencia no es resultado de factores causales, sino el resultado de una atribución de tal estatus o condición. De ahí que, como apuntara el citado autor, la criminología no deba investigar las historias personales y el medio social, sino la acción de la instancia de control social formal.

En el plano de la percepción que tiene el ofensor de la víctima, comparto la opinión de RODRÍGUEZ MANZANERA, cuando estima que existe toda una jerga distinta en cada país que utilizan los victimarios para denominar a las víctimas con la intención de infravalorarlas con nombres despectivos que las rebajen, con la pretensión de mostrar su

³⁰ ALLER, G., *El Derecho*, cit., p. 49.

³¹ ALLER, G., *El Derecho*, cit., pp. 42 ss.

³² HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 99.

estupidez frente al delincuente. El objetivo reside en quitar importancia, tanto al hecho cometido como a la persona que lo ha padecido, con la finalidad inconsciente de minimizar sus sentimientos de culpa y trasladar la responsabilidad de los hechos al ofendido³³. El contenido psicológico es importante, ya que se trata de justificar el delito en base a una supuesta superioridad del delincuente que puede hacer lo que quiera, desafiando los límites normativos. Si, por el contrario, se estimulase la empatía hacia la víctima y una conciencia más real de sus sentimientos, eso supondría potenciar una fuerza inhibitoria de autocontrol.

Por ello, como destaca RODRÍGUEZ MANZANERA, antes de cometer el delito el victimario toma distancia afectiva, pues si la víctima le despierta compasión, afecto o respeto eso dificulta la actuación criminal. Con la finalidad de “desensibilizarse” muchos criminales ingieren alcohol o drogas antes de cometer el delito, y evitar así el sentimiento de culpabilidad o los remordimientos. Considerando este argumento, en muchos casos puede ser pedagógico y humanizador para el autor y para la víctima propiciar el encuentro a posteriori, siempre que ambos voluntariamente se muestren de acuerdo con finalidades y objetivos reparadores.

En la práctica, la persona condenada por un delito juega un papel básicamente pasivo, al ser objeto de una sanción penal que debe soportar. Se ha producido una notable evolución de las penas a lo largo de la historia, desde las corporales acompañadas de grandes sufrimientos, hasta el predominio de la pena privativa de libertad y su progresiva humanización. Pero no se ha modificado de forma sustancial la consideración del condenado como mero receptor pasivo de la sanción. A pesar de la introducción de objetivos resocializadores en la función de la pena, el condenado sigue predominantemente alienado de toda función activa y responsabilizadora respecto a las consecuencias de sus actos.

Por otra parte, si vivimos en un Estado Social y Democrático de Derecho, su fundamento social incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración. El Derecho penal tiene, en consecuencia,

³³ RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología*, cit., pp. 150 ss.

también una tarea social y pedagógica frente al delincuente³⁴. El penado es, por tanto, sujeto pasivo de una reacción negativa ante el delito —el castigo— devolviendo daño por daño, sin que se le ofrezca un papel activo en la posibilidad de compensar de forma directa y constructiva el hecho delictivo cometido.

En este sentido, cuando ROXIN describe las ventajas del trabajo de servicio a la comunidad frente a la pena de prisión, afirma que “*tiene la ventaja de consistir en un trabajo constructivo, es decir, de comprometer más a la personalidad que la pena privativa de libertad y la multa, las cuales el autor solo tiene que soportar pasivamente*”³⁵. Pueden darse otro tipo de reacciones frente al delito que permitan al victimario la posibilidad de jugar un rol proactivo diferente del tradicional, brindándole la oportunidad de hacer algo socialmente útil que estimule la responsabilización y el valor de contribuir a paliar el daño causado con el propio esfuerzo. De esta forma, se favorece en mayor medida que la pena de cárcel la reintegración social del ofensor que no se limita a soportar la pena impuesta, sino que el propio sistema le facilita la posibilidad de realizar una actuación positiva dirigida a restaurar el daño causado, y con ello compensar a la víctima, reequilibrar la situación provocada por el delito y mejorar su propia imagen social.

Desde otra perspectiva, en el análisis del delito e incluso en la determinación de la pena, la propia personalidad del victimario supone un criterio a considerar partiendo de las aportaciones de la criminología, la psicología o la psiquiatría. Además de tales aportaciones, siguiendo a GARCÍA ARÁN, el Derecho penal se centra fundamentalmente en el conjunto de factores existenciales que configuran la actitud ante los bienes protegidos por el Derecho penal porque solo de esta forma “*puede avanzarse en la averiguación de la necesidad preventivo especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto*”³⁶. El TS en sentencia del 20 de marzo de 1986 entendió que la personalidad del delincuente supone una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y el análisis de su proyección social.

³⁴ ROXIN, C., *La evolución*, cit., p. 32.

³⁵ ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., pp. 457 ss.

³⁶ GARCÍA ARAN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982, p. 224.

A juicio de DEMETRIO CRESPO, debe rechazarse una interpretación retributiva del criterio de la personalidad del delincuente de forma que pueda agravar la pena a imponer. Por el contrario, lo que sí procedería es una interpretación de este criterio desde un punto de vista preventivo especial, teniendo en consideración las consecuencias que puede tener la imposición de la pena en la vida futura del reo atendidas sus circunstancias personales. Bajo esta perspectiva, parece evidente que la elección de la pena que proporcione más utilidad y menos daño depende principalmente también de la personalidad del penado³⁷. Este autor apuesta por una interpretación preventivo especial del criterio de la personalidad del victimario que ha de mirar fundamentalmente hacia el futuro de la vida del autor sobre el que va a recaer la pena³⁸.

Para finalizar, recordar nuevamente el principio de intervención mínima, común a todos los sistemas penales modernos que invita a aplicar el Derecho penal de forma subsidiaria y como último recurso. En la línea expuesta, entre otros, por QUINTERO OLIVARES “*ni tan siquiera es adecuado recurrir al Derecho penal y sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales*”³⁹. ¿Podemos considerar que ha llegado el momento de explorar otras vías diferentes al sistema penal tradicional que, sin sustituirlo en su globalidad, puedan complementarlo, mejorarlo y humanizarlo con nuevas medidas, respuestas y opciones?

2. EL IMPRESCINDIBLE RECONOCIMIENTO DE LA VÍCTIMA Y DE SUS NECESIDADES REPARATORIAS

Como hemos visto, frente a la marginación de la víctima en el proceso penal tradicional, las nuevas corrientes del Derecho penal reivindican, en general, sin que ello signifique un regreso a la justicia privada, un papel más relevante y activo del ofendido en la defensa de sus intereses reales. Se trataría de reconocerle una participación más acorde con su rol, involuntariamente principal, en el delito. Desde esta perspectiva, la reparación voluntaria con participación de la víctima en su concreción puede ser un medio eficaz para activar

³⁷ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, cit., pp. 305-306.

³⁸ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general*, cit., p. 307.

³⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General*, 5ª ed., cit., *passim*.

su protagonismo, sin olvidar al acusado, que también participa activamente en la solución constructiva del conflicto abierto por la comisión del delito.

Con la reparación se sirve más a los intereses de la víctima que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo, realmente frustran una reparación del daño por parte del autor⁴⁰. El remedio no debería ser peor que el daño causado por el delito y puede serlo si la víctima queda sin ser compensada y el culpable es castigado sin ofrecerle la oportunidad de aportar algo positivo en favor de la víctima. Objetiva y numéricamente resultan dos “*pain*”, dos males de un único daño inicial, causado por el hecho delictivo: la victimización posterior de la víctima que ve como sus necesidades son desoídas e insatisfechas y el castigo al infractor, que además puede estigmatizarle y condicionar negativamente su futuro. Por otra parte, como hemos visto, si partimos de las teorías penales, tanto relativas como unitarias o eclécticas, la reparación ofrece una respuesta apropiada a las exigencias de los fines de la pena, tanto desde la perspectiva de la prevención general positiva como de la prevención especial.

En la línea apuntada por ROXIN, la reparación del daño no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye también a la consecución de los fines de la pena⁴¹. Al enfrentar al autor con las consecuencias del hecho y con la afectación de la víctima, pueden surgir elementos de reflexión y responsabilización y un evidente efecto resocializador. Ante la evidencia y el conocimiento directo del daño causado a la víctima, la reparación puede ser vivida por el autor, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las propias normas que ha conculcado. La reparación del daño tiene la virtualidad de contribuir a la paz social, ya que conduce a una reconciliación entre autor y víctima que facilita la reintegración del culpable y que se convierte en un elemento especialmente importante en aquellos casos en que exista entre ambos una relación previa que posiblemente se prolongue en el futuro (ya sea de familia, de pertenencia a una mismo entorno comunitario, laboral, etc.). Además, como destaca ROXIN, la reparación es muy útil para potenciar la prevención integradora ya que fomenta considerablemente la

⁴⁰ ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., p. 109.

⁴¹ ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., pp. 110 ss.

restauración de la paz jurídica, pues “*solo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada la perturbación social originada por el delito*”⁴².

En esta línea que, pone en valor la reparación, es importante determinar cómo puede articularse en la práctica y qué metodología puede utilizarse para que la reparación sea útil, satisfactoria y efectiva. Dentro de esta flexibilidad y orientación hacia nuevas posibilidades de actuación en positivo posteriores al delito como la reparación, DONINI habla del “*ingreso de la negociabilidad*” en el Derecho, entendiendo que las instituciones negociales se vienen utilizando en el Derecho penal tanto dentro del proceso como fuera de él⁴³. Considera que se negocia la determinación de las condiciones concretas para aplicar las causas de extinción de la pena, las de no punibilidad, las medidas a imponer a los menores, la mediación y la reparación del daño ante el Juez de paz, entre otras muchas. Según este autor, la propia función del Juez, en el amplio ámbito del Derecho penal, ya no es la de verificar una verdad de Estado y aplicar autoritariamente una pena (siguiendo la tradición del Derecho penal público), sino que se convierte en dialógica, acercándose a sistemas contractuales. Incluso el proceso tiende a asumir la función de una composición de conflictos, típica de los sistemas contradictorios del *common law*. Respecto a la pena, el mismo DONINI entiende que “*en estos casos ya no es más un simple pati, un padecer, el dolor que el castigo inflige, sino que la pena se convierte en el producto de un diálogo, el resultado de una actividad discursiva*”⁴⁴.

Posiblemente estamos, por tanto, ante los inicios de nuevas formas más humanizadas y flexibles de reacción ante el delito que potencian la reparación por encima de la simple punición y que actualmente se aplican en los sistemas penales de distintos países (Bélgica, Austria, Alemania, Gales, Inglaterra, Escocia, Francia, Polonia, Noruega, EEUU, Australia, España...). Su incidencia y estructura es diversa y su reconocimiento normativo también, ya que algunos de estos países cuentan con una regulación detallada y concreta. Otros, en cambio, parten de una aplicación basada en experiencias piloto,

⁴² ROXIN, C., *Derecho penal*, cit., p. 109.

⁴³ DONINI, M., “Escenarios del derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 48 ss.

⁴⁴ DONINI, M., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, cit., pp. 48 ss.

amparándose en principios generales y en una práctica satisfactoria para las partes, sin una normativa específica. La nota común viene dada por la constatación de su utilidad y su potencial, ya que sus buenos resultados auguran el reconocimiento de un nuevo ámbito de actuación y aplicación en el sistema penal que aporta una mayor satisfacción tanto al victimario como a la víctima, que, como afirma ALLER, es quien verdaderamente puede dar el perdón, lo cual no es fácil, pero “*si aún así se perdona, el acto es sublime*”⁴⁵.

Estas nuevas corrientes son asumidas por algunos sectores doctrinales que encarnan una línea propia en las nuevas tendencias del Derecho penal, contando con un amplio apoyo transversal, de penalistas, criminólogos, especialistas de diferentes ramas del Derecho y también expertos de otras disciplinas que lo enriquecen con aportaciones desde distintas perspectivas, ofreciendo una nueva dimensión de estudio y análisis más amplio y global. Muchos de estos especialistas conocen la realidad del delito y de sus protagonistas por estar directamente en contacto con ellos, a través del ejercicio práctico de sus respectivas profesiones. En esta nueva perspectiva del delito y de sus consecuencias penológicas, se valoran no solo los requerimientos de la prevención general y especial, sino también las necesidades psicológicas y materiales concretas de la víctima, del ofensor y de la comunidad, en su conjunto, de la que forman parte todos. Las voluntades específicas del ofensor y del ofendido, adquieren relevancia en el marco penal con posibles efectos en el orden civil e innegables ventajas frente a las reacciones tradicionales, tanto para la víctima y el victimario como para la propia comunidad que puede solucionar el conflicto nacido en su seno. Superar la situación mediante la realización de una acción positiva brinda la oportunidad de buscar y hallar soluciones pacíficas, útiles, conciliadoras y menos estigmatizantes, además de reafirmar el valor, la eficacia y la confianza de la sociedad en su propio ordenamiento y en los distintos mecanismos que le ofrece el marco jurídico.

Al hilo de la pregunta formulada por SILVA SÁNCHEZ “*¿Por qué sumar al sufrimiento ya producido por el delito, un nuevo sufrimiento padecido ahora por el sujeto reputado responsable del delito?*”⁴⁶, atendiendo a las opiniones argumentadas, a criterios aportados

⁴⁵ ALLER, G., *El Derecho penal y la víctima*, cit., p. 41.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Una primera lección de Derecho penal”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, p. 72.

por los diversos autores mencionados en este trabajo y mi experiencia personal y profesional en la práctica de la mediación en el ámbito penal, el presente análisis parte de cuatro premisas que considero esenciales y que desarrollaré a continuación. La reafirmación del carácter subsidiario del Derecho penal, la contención de la expansión de la pena privativa de libertad, la profundización en distintas medidas y opciones alternativas a la pena de prisión y la restricción de la privación de libertad a los supuestos en que sea imprescindible.

3. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL Y LA NECESARIA CONTENCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

3.1 Introducción

La comunidad y la administración pública poseen recursos adecuados para prevenir y resolver determinadas problemáticas sociales que, lejos de ser contrapuestos al Derecho penal, pueden actuar de forma complementaria en aras del interés común de fomentar una convivencia en paz, libertad y respeto para todos. En primer lugar y con una vocación preventiva, sería necesario potenciar políticas sociales dirigidas a apoyar la integración efectiva de los estratos sociales más desfavorecidos. Esto supondría invertir en recursos humanos y económicos, canalizados en formación, deporte, actividades lúdico-formativas y cultura, dirigidos a los colectivos con mayor probabilidad de marginación, especialmente a los jóvenes que habitan los barrios más depauperados, promoviendo la integración de todos y una igualdad de oportunidades real y efectiva. En estos programas debería colaborar la sociedad civil con iniciativas solidarias, nacidas del propio tejido social, apoyadas y financiadas por la administración pública.

Esta política preventiva previa a la comisión del delito debería expandirse al ámbito de las personas que ya han delinquido y cumplido condena para evitar su reincidencia, ya que, en muchos casos, presentan una mayor vulnerabilidad social. Deberían articularse recursos efectivos para los penados que, al salir de la cárcel, necesiten una ayuda de tipo personal, económico o laboral que les apoye en su esfuerzo por adecuar su vida dentro de los esquemas normativos existentes. Se trata, en definitiva, de posibilitar una reinserción

social real que, en lugar de estigmatizar y reforzar diferencias, facilite su efectiva integración personal, social y laboral. En este sentido, existen programas muy útiles como el que el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya está llevando a cabo desde hace años a través del CIRE⁴⁷, favoreciendo la integración laboral de las personas que finalizan su pena privativa de libertad. Quisiera mencionar también el Programa “*Cercles de Suport i Responsabilitat*” (Cercles.cat) impulsado desde la Dirección General de Servicios Penitenciarios del Departamento de Justicia y dirigido a personas que están en régimen abierto y en libertad condicional, cuyo objetivo es facilitar su reinserción y evitar su reincidencia. La participación de voluntarios es fundamental. Este programa se inspira en el modelo *Cercles* de Canadá, que nació en 1995 como modelo de intervención dirigido a delincuentes sexuales, también en la experiencia catalana se dirige a este mismo tipo de ofensores⁴⁸.

Como hemos visto, la privación de libertad desencadena, en general, consecuencias muy negativas y estigmatizadoras para las personas sometidas a ella y para su entorno familiar, sin que ello sirva para paliar ni satisfacer las necesidades reales de la víctima ni las de la propia comunidad. Frente a este tipo de pena, existen múltiples alternativas más útiles y menos lesivas que pueden contribuir al retroceso de su aplicación evitando sus secuelas e inconvenientes. Diversos autores defienden la bondad y aplicabilidad de nuevas propuestas más respetuosas con los derechos y favorecedoras de oportunidades reales de reincorporación social del ofensor y a la vez más ajustadas a las auténticas necesidades de la víctima y de la sociedad de la que ambos forman parte. MIR PUIG, por ejemplo, apunta una “*importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras menos lesivas, como la pena de multa o el trabajo en beneficio de la comunidad o hasta por otras medidas consistentes simplemente en la suspensión del cumplimiento de la pena...*”⁴⁹.

⁴⁷ CIRE (Centro de Iniciativas para la Reinserción) (en línea: [www.gencat.cat; http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia](http://www.gencat.cat;http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia))

⁴⁸ CERCLES.CAT (en línea: <https://innogent.blog.gencat.cat/2016/04/28/cercles-cat-la-solvencia-dun-programa-de-reinsercio-social-acompanyat-per-voluntariat/>)

⁴⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 133.

En capítulos anteriores hemos visto que las propuestas para limitar la pena privativa de libertad son diversas, desde medidas que cuentan ya con un arraigo destacado (pena de multa⁵⁰, TBC, arresto domiciliario, suspensión condicional o sustitución de la pena, reparación, terapia social...) hasta la posibilidad de implementar nuevas opciones como las que nos ofrece el paradigma de la JR, cuyos mecanismos como la mediación, las conferencias o los círculos ponen el acento más en reparar que en castigar, más en construir y responsabilizar que en culpabilizar y excluir al victimario, dejando por irrecuperable el daño provocado a la víctima. El Derecho penal puede por medio de la reparación, entendida como tercera vía, actualizarse y diversificarse sumando otras respuestas más útiles y constructivas que la pena de prisión. Sin que ello suponga dejar de perseguir sus fines de prevención general y especial. Apuntando ese abanico de respuestas diferentes a la pena, MIR PUIG afirma que *“existen medios tanto o más eficaces que la pena y que resultan más favorables para el ciudadano, señalando en primerísimo lugar una política social dirigida a disminuir las diferencias sociales existentes”*⁵¹.

Incluso cuando la pena privativa de libertad se aplica bajo parámetros resocializadores, no deja de presentar contradicciones como las descritas y la conocida paradoja de pretender educar para la libertad en condiciones de falta de libertad⁵². MIR PUIG señala que ha de impedirse la imposición de la pena o de su cumplimiento *“cuando no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización, señalando además que es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino solo ampliar las posibilidades de elección del condenado”*⁵³. Por otra parte, como indica ROXIN, los establecimientos penales no son *“ni siquiera cercanamente suficientes para reaccionar a la mayoría de los delitos con penas privativas de libertad”*, como tampoco son suficientes los recursos financieros necesarios para llevar a cabo una ejecución penal

⁵⁰ Como afirma ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., pp. 452 y 455, la pena de multa ha conseguido hacer retroceder de forma drástica la pena privativa de libertad en Alemania en los últimos 100 años. Por otra parte, el mismo ROXIN alude a la terapia social (curar en vez de penar) refiriéndose a una parte de los reincidentes, violadores y estafadores habituales, que presentan trastornos tratables en su desarrollo psíquico y social.

⁵¹ MIR PUIG, S., *El Derecho penal*, cit., p. 126.

⁵² MIR PUIG, S., *El Derecho penal*, cit., p. 145.

⁵³ MIR PUIG, S., *El Derecho penal*, cit., p. 40.

humanitaria y digna que corresponda a los parámetros de bienestar propios de nuestra sociedad del s. XXI ⁵⁴”.

Por todo ello, en este trabajo propongo limitar la aplicación de la pena privativa de libertad a los supuestos en los cuales quede demostrada la culpabilidad del ofensor en un delito grave, sea patente su peligrosidad debido a una elevada probabilidad de repetir la misma conducta y no existan otros medios igualmente eficaces para evitar la reiteración del delito cometido y proteger a la sociedad. Por tanto, la pena privativa de libertad sería una sanción “de último recurso” en el sentido clásico que conservaría su valor resocializador con una dimensión de terapia individual y social voluntaria para el infractor y, a la vez, asegurativa y protectora para la sociedad. Tendría elementos similares a las medidas de seguridad, aplicables tras la comisión de un delito del que se desprende esa peligrosidad o riesgo de reiteración. En esta línea se enmarca la libertad vigilada (art. 106 CP), incorporada en la reforma de la LO 5/2010 con la finalidad de proteger a las víctimas y reinsertar socialmente al delincuente. No podemos olvidar que víctima y victimario pertenecen a la misma sociedad y que la gran mayoría de victimarios regresarán a la sociedad en algún momento de su vida, la respuesta que ofrezca el sistema penal ante el delito debe tenerlo en cuenta ⁵⁵.

En base a los parámetros limitadores del Derecho penal planteados, deviene fundamental en el momento de determinar la medida aplicable considerar no solo el tipo de delito y la culpabilidad del autor, sino también la motivación personal, los desencadenantes psicológicos y la posible existencia de elementos patológicos que motivaron su comisión. Y en función de estos parámetros, apreciar la “peligrosidad” considerada como la elevada probabilidad de repetir conductas similares y gravemente lesivas para los bienes jurídicos fundamentales. En las últimas décadas el concepto de riesgo está adquiriendo una especial relevancia en relación con la peligrosidad. En este sentido, MARTÍNEZ GARAY considera que para valorar la peligrosidad de un individuo concreto hay que repasar la lista de factores de riesgo y asignar a cada uno, un valor numérico en función de si está o no

⁵⁴ ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., p. 451.

⁵⁵ Como señala HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 352: “*corrección del individuo y seguridad de los demás ante él, constituyen para la sociedad que vive con miedo a la criminalidad, un mismo problema que debe ser resuelto conjuntamente*”.

presente en la persona examinada, estas cifras se combinan después con un algoritmo estadístico del que resulta una puntuación para el sujeto que se expresa generalmente en términos de probabilidad de reincidencia⁵⁶. A ello hay que sumar el concepto de “*evaluación del riesgo*” de violencia que es dinámico y graduable, permitiendo una predicción más certera del riesgo real, siendo considerado como pilar imprescindible de la prevención por autores como LOINAZ⁵⁷.

La siguiente clasificación parte de la plena capacidad de culpabilidad del sujeto infractor, es decir, podría haber obrado de otra manera y, por tanto, el hecho le es plenamente reprochable. Se toma en consideración, la gravedad del hecho, la actitud, la tendencia, las características psicológicas y la peligrosidad del autor, entendida como la elevada probabilidad o riesgo de repetir conductas similares que afecten a bienes fundamentales de las personas.

3.2. Delito ocasional

Precisamente VON LISZT, en el Programa de Marburgo, clasificó en tres categorías a los ofensores, como base de la prevención especial: ocasionales, motivables e incorregibles⁵⁸. Aunque, como señala CARUSO FONTÁN, a pesar de que VON LISZT puso el acento en el autor de delito, tenía muy presente que el objeto de la prohibición penal era el hecho concreto⁵⁹.

Bajo la denominación de delito ocasional, se engloban situaciones en las que la realización del ilícito se produjo en circunstancias concretas, de tipo coyuntural, no reproducibles fácilmente y con una elevada probabilidad de que esa persona no repita conductas similares. Puede haberse producido también una evolución personal, un

⁵⁶ MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. / PÉREZ MANZANO, M. / ALCACER GUIRAO, R. / ARROYO ZAPATERO, L.A., *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, p. 145.

⁵⁷ LOINAZ, I., *Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación*, Pirámide, Madrid, 2017, *passim*.

⁵⁸ VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, T. III (trad. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.), Reus, Madrid, 1916, *passim*.

⁵⁹ CARUSO FONTAN, V., “La tendencia al delito como requisito material para la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables”, *Foro nueva época*, vol, 17, núm.1, 2014, p. 149.

proceso de reflexión que lleva a realizar un cambio de planteamiento vital y de actitud respecto a los demás y a su propio rol familiar o social. La estabilización puede deberse también a factores externos como un cambio de entorno, de amistades, nuevas relaciones personales e incluso al inicio de una relación laboral que contribuye de forma decisiva a dicha estabilidad.

En algunas ocasiones este tipo de delitos ocasionales, pueden haberse cometido en una época vital de la persona en la que concurren determinadas circunstancias que le llevan a la comisión del delito (juventud, inmadurez, influenciabilidad por parte de determinadas personas o grupos vinculados a la pequeña delincuencia, ingesta de sustancias tóxicas, etc.). Una vez superada esta época o estas circunstancias la persona puede haber estabilizado su vida, pero las consecuencias jurídicas y penológicas del delito cometido, se hacen presentes al cabo del tiempo cuando el proceso penal se activa, a pesar de que esa persona ha conseguido ya dar un cambio en su vida e incluso estabilizarse laboral y socialmente. ¿Va a ser resocializador o desocializador imponer una pena privativa de libertad a esta persona plenamente socializada en todos los aspectos, en este momento de su vida? ¿La entrada en prisión aportará algún elemento útil para la víctima, para el victimario y su familia o para la propia sociedad?

En estos casos, la posibilidad de aplicar otro tipo de medidas de forma alternativa como la mediación para facilitar un compromiso de reparación a favor de la víctima basado en el esfuerzo real del infractor, supondría que el propio sistema propicia una reacción positiva ante el delito cometido. Se evitaría la estigmatización y la desocialización efectiva del infractor, sin dejar de buscar y ofrecer una respuesta útil al delito cometido. El ofrecimiento de una respuesta restaurativa se basaría en la voluntad de participar de las partes, sería reparador para la víctima, al facilitarle la posibilidad de compensar el daño padecido obteniendo un mayor protagonismo y la oportunidad de participar en la adopción de las decisiones sobre las consecuencias del acto delictivo y sobre cómo satisfacer su interés real. A la vez comportaría una actuación de valor resocializante para el infractor, fomentando un proceso de reflexión personal y de restauración de su propia imagen como persona que asume las responsabilidades derivadas de sus actos y se esfuerza por atenderlas y por reparar el daño producido.

En los supuestos más graves, la mediación con cumplimiento del acuerdo reparatorio alcanzado⁶⁰ podría ser complementada con otro tipo de respuesta que se estimase adecuada para satisfacer la prevención general y especial: arresto domiciliario, pena de multa, TBC, suspensión de la pena privativa de libertad con determinadas condiciones o deberes, o bien ser considerada como una atenuante privilegiada, reduciendo al máximo la pena privativa de libertad efectivamente aplicada.

3.3. Delito cometido por hábito criminógeno, enfermedad, trastorno leve de personalidad o adicción

Las medidas más adecuadas serían aquellas que incluyesen una terapia, un tratamiento de desintoxicación o una intervención de tipo social, según el caso, dirigida a erradicar el hábito, la adicción o a corregir un inadecuado proceso de socialización o de adquisición de modelos de conducta asocial del ofensor. HASSEMER hablaba de “*terapia social emancipadora*”⁶¹ que debería consistir en un tratamiento de los problemas de comportamiento arraigados durante toda la vida que garantizase la autonomía y la colaboración activa de la persona que asume el tratamiento de forma voluntaria. La libre aceptación del tratamiento es fundamental para que sea eficaz y no suponga una manipulación o un “amaestramiento” más que una ayuda para abordar las dificultades. Esta terapia social emancipadora o el tratamiento en caso de adicción o trastorno de personalidad puede ofrecerse tanto en establecimiento cerrado como en medio abierto, en cuyo caso para su eficacia debería añadirse la posibilidad de sumar otras medidas como un apoyo y orientación laboral que le acompañasen y favoreciesen en su proceso de reinserción social y laboral.

Junto a la terapia, cabría igualmente el ofrecimiento de mediación, para facilitar un posible acuerdo de reparación a favor de la víctima, además de la aplicación complementaria de otro tipo de medidas (multa, actividades cívicas formativas, TBC, etc.), si la gravedad del hecho o las circunstancias en las que se produjo lo hiciesen aconsejable. Como destaca ORTUÑO MUÑOZ, cuando la causa de las conductas criminales

⁶⁰ SUEIRO, C., *La Naturaleza jurídica*, cit., pp. 26 ss.

⁶¹ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., pp. 364 ss.

está vinculada a la adicción a las drogas o a enfermedades mentales, es menos costoso social y económicamente facilitar un tratamiento terapéutico adecuado que construir prisiones donde encerrar a las personas condenadas penalmente⁶².

La mayoría de los delitos que entrarían en este grupo serían de tipo económico, factor importante, ya que, a juicio de DIEZ RIPOLLÉS, tres cuartas partes de los penados están en la cárcel por delitos contra el patrimonio o relativos a drogas⁶³. Las personas privadas de libertad por la comisión de delitos contra el patrimonio debido a su adicción, una vez superada la causa principal que les indujo a cometer esos delitos, pueden considerarse rehabilitadas y presentar una baja probabilidad de reincidencia. Y, pese a ello, muchas siguen en la cárcel, perdiendo posibilidades de integrarse social, laboralmente y de evolucionar personalmente con un coste añadido para la sociedad que ganaría un miembro útil en lugar de subvencionar la inoportunidad de una persona retenida, improductiva y mantenida a la fuerza. La cárcel no es el lugar más adecuado para superar un hábito criminógeno o para curar una adicción. El éxito para la sociedad no está en castigar, sino en facilitar que el victimario pueda recuperar y vivir su libertad de forma respetuosa hacia los demás, evitando reincidir en conductas delictivas que marcan su propio destino y dañan la convivencia.

3.4. Actos delictivos cometidos a causa de grave trastorno de la personalidad o patología

Se trata de actos cometidos por personas plenamente imputables que han cometido el hecho de forma consciente y a causa de una tendencia patológica, psicopatía, por falta de control de los propios impulsos⁶⁴, o por una desviación psicológica que les impele a causar daño con plena voluntad y conciencia de sus actos y del mal ocasionado.

⁶² ORTUÑO MUÑOZ, P., *Justicia sin jueces*, Ariel, Barcelona, 2018, p. 160.

⁶³ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 27.

⁶⁴ “No me dejéis salir de la cárcel, porque lo volveré a hacer”: frase pronunciada por Bernardo Montoya asesino confeso de Laura Luelmo, en su declaración ante la Juez, publicado en *El País*, el 30 de diciembre de 2018, p. 25 (en línea: <https://elpais.com/hemeroteca/elpais/portadas/2018/12/30/>).

Estas personas pueden ser consideradas como peligrosas por la elevada probabilidad de repetir conductas delictivas, en particular, si la realización de tales conductas les produce algún tipo de satisfacción, o derivan de una tendencia sádica o patológica que son incapaces de reprimir. Si las conductas delictivas que realizan les son reprochables y afectan a bienes fundamentales como la vida, la integridad física o la libertad sexual, se propugna la idea de que no deberían recuperar su total autonomía mientras persista la peligrosidad, aplicándose medidas asegurativas o de seguimiento en un régimen de vida digno, pero que impida la reiteración de tales actos con el objetivo de salvaguardar los bienes fundamentales de nuevas víctimas potenciales. En este sentido JESCHECK apela a la “*custodia de seguridad*”, refiriéndose a medidas inocuizadoras aplicables sobre delincuentes plenamente culpables para proteger a la sociedad frente a delitos graves cuya reincidencia resulte altamente previsible⁶⁵. A su juicio, en el mantenimiento en Alemania de la custodia de seguridad fue decisivo el convencimiento de que “*no hay un camino más humano para la protección absolutamente necesaria frente a la delincuencia habitual y profesional*”. En la línea marcada por dicho autor, en el Derecho penal alemán se limita la custodia de seguridad a delincuentes probadamente peligrosos frente a los que la necesidad de seguridad de la población es irrefutable⁶⁶.

Como señala BORJA JIMÉNEZ, al cumplir su condena la persona privada de libertad finaliza su vinculación con el sistema penal, pero puede ocurrir que su libertad ponga en peligro a la sociedad debido al riesgo de cometer otros delitos en el futuro. Para hacer frente a esta peligrosidad el sistema penal reacciona imponiendo una medida de seguridad que, en casos graves y excepcionales, puede consistir en una posterior privación de libertad, es decir, la “*custodia de seguridad*”. Según este mismo autor, en el Estado de Derecho se plantea la polémica sobre la legitimidad de una intervención sancionadora tan drástica cuando la persona ya ha cumplido su deuda con la Justicia, al finalizar la pena impuesta. Destaca que, contribuye a aplacar la alarma social y parece eficaz frente a reos peligrosos, aunque entiende que crea problemas en un auténtico Estado de Derecho y así lo recogen sentencias del TEDH y del Tribunal Constitucional alemán⁶⁷. Estamos, en

⁶⁵ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 92.

⁶⁶ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 92.

⁶⁷ BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de Seguridad, peligrosidad, postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización, una cuestión de límites”, RGDP, núm. 18, 2012, p. 1.

definitiva, ante uno de los conflictos o dilemas que tiene que resolver un Estado democrático y que enfrenta, por un lado, su obligación de velar por la seguridad y la tutela de bienes y personas ante el hecho criminal y, por el otro, garantizar la libertad y los derechos constitucionales de los individuos⁶⁸.

Atendiendo a la realidad, es significativo el ejemplo de las dos jóvenes agentes de policía en prácticas, brutalmente asesinadas en L'Hospitalet de Llobregat el 5 de octubre de 2004. Su asesino, PJ. estaba cumpliendo condena privativa de libertad por robo con intimidación y violación. Había manifestado que le “*gustaba hacer daño a las mujeres*”, aunque en la cárcel su conducta era ejemplar. Debido a su buen comportamiento y tras participar en un programa para presos condenados por delitos sexuales, se le concedió un permiso de tres días, en base a su buena conducta en prisión y a la normativa penitenciaria vigente. PJ aprovechó el permiso para cometer el doble asesinato con una violencia extrema y provocando un sufrimiento deliberado e innecesario a las víctimas. Así se relata en la Sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de marzo de 2010⁶⁹, en la que un Jurado popular lo declaró culpable, imponiéndole la pena privativa de libertad de 93 años y 11 meses. En la cárcel llevaba una vida ordenada sin causar problemas, pero al salir, no supo administrar sin delinquir esa breve libertad de tres días. Su psicopatología, su “tendencia” o su “gusto por hacer daño a las mujeres” le llevó a actuar de forma fría y consciente del sufrimiento provocado e incluso condicionó su propia capacidad de razonar egoístamente, ya que, de haber disfrutado el permiso sin cometer ningún delito, hubiese podido salir pronto de la cárcel, al faltarle poco tiempo para obtener la libertad definitiva.

PJ. había ingresado por primera vez en un centro de menores a los 16 años. Desde entonces solo había disfrutado de 40 días de libertad y cada vez que se le concedió un permiso, acabó cometiendo una violación. Al menos ha violado a 9 mujeres y asesinado a las dos agentes de policía en prácticas. Según los forenses que le examinaron se trata de un “*psicópata de manual*”⁷⁰. Posiblemente vuelva a tener un comportamiento correcto en

⁶⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., RGDP, núm. 18, 2012, p. 1.

⁶⁹ SAP Barcelona 8/2010, 18-03.

⁷⁰ Artículo de CONGOSTRINA, A L., “Pedro Jiménez, un psicópata de manual”, publicado en *El País*, el 2 de agosto de 2015 (en línea: <https://archivo.elperiodico.com/buscar.php>).

prisión. A partir de ahí, surgen muchas dudas: ¿con los años, se hará legalmente merecedor de un nuevo permiso? ¿Podrá en la cárcel superar su psicopatía? ¿Cuándo haya cumplido su condena, hará buen uso de su libertad? ¿Su libertad supondrá, de nuevo, un grave riesgo para las demás personas, especialmente para las mujeres? ¿Alguien puede garantizar que no va a reincidir? ¿Puede alcanzar su total libertad por el mero cumplimiento de los años de condena? ¿Qué valor se otorga a los factores psicológicos antes de obtener la libertad definitiva? ¿Debe someterse a una evaluación del riesgo antes de todo posible permiso? ¿Sería adecuado generalizar los programas de evaluación del riesgo como una alternativa más idónea a efectos de la predicción, prevención y gestión de posibles conductas violentas futuras como el Programa RisCanvi que se aplica en cárceles catalanas⁷¹? ¿Debería articularse algún tipo de seguimiento o supervisión de su futura libertad para evitar nuevos delitos?

3.5. Delito cometido por necesidad

Este tipo de delitos, presentan una tendencia coyuntural a incrementarse en períodos de crisis económica con miles de familias cuyos integrantes adultos pierden su trabajo y, consiguientemente, la capacidad económica para financiar las necesidades familiares. Esta dificultad económica se hace, además, muy evidente en las situaciones en las que la familia ya no puede seguir financiando el coste de la propia vivienda, ya se trate del pago del alquiler o de la cuota hipotecaria, situación que desgraciadamente se hizo habitual y afectó a miles de familias a partir del estallido de la burbuja hipotecaria en el año 2007 y siguientes.

Mencionar también aquí el denominado “hurto necesario, famélico o miserable”, que consiste en la sustracción de productos de primera necesidad, sin emplear medios violentos ni coactivos, para satisfacer necesidades básicas personales o familiares del momento. Puede entenderse que existe una causa de justificación en base al estado de necesidad que motiva estas actuaciones y ampararse en la eximente recogida en el art.

⁷¹ Programa RisCanvi, Departament de Justícia de la Generalitat (en línea: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/ofertes_treball/opos_presons/temari_execucio_penal/tema_14.pdf).

20.5 del CP, que puede ser completa si se dan los tres requisitos que exige la norma: en primer lugar, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, en segundo que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el que la padece y finalmente, que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse. Si faltase alguno de estos requisitos podría apreciarse una eximente parcial en función de las circunstancias concurrentes.

Precisamente, la Sala de lo penal del Tribunal Supremo en sentencia del día 21 de enero de 1986 entendió que concurre “*hurto necesario, miserable o famélico en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño, para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, vestido, habitación y asistencia médico-farmacéutica*”. Además, incluye aquellos casos en los que, aun sin hallarse en conflicto «*la vida o la propia supervivencia con la propiedad o bienes ajenos, pero sí, por lo menos, entran en pugna los sufrimientos que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida deparan al ser humano, con el respeto a la propiedad de los bienes ajenos.*» Por último, exige el TS que «*se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia*» y que no se trate de mera estrechez económica, sino que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar⁷².

Este tipo de delitos requieren más una intervención social o política dirigida a paliar las carencias básicas que un castigo. La respuesta apropiada a este tipo de criminalidad no reside tanto en el Derecho penal como en políticas estructurales dirigidas a erradicar las bolsas de pobreza y las situaciones de marginalidad existentes. En los delitos causados por estas situaciones, igualmente una reparación facilitada a través de una mediación, aunque fuese de tipo moral o simbólico a favor de la víctima o un trabajo para la comunidad, podría suponer una intervención tranquilizadora para ambas partes que favorecería la comprensión mutua y el reconocimiento del sentimiento de pérdida (por motivos diferentes) que pueden haber experimentado tanto víctima como victimario ante la situación. La mediación debería acompañarse de una intervención asistencial y

⁷² STS 59/1986, 21 de enero (ponente Vivas Marzal).

estructural con el objeto de evitar que la pervivencia de la misma necesidad induzca a reproducir el delito.

Una situación distinta, aunque con elementos comunes, es la de aquellas personas que atentan contra el patrimonio ajeno, no por una necesidad de subsistencia, sino en relación con unos patrones sociales de consumo que crean necesidades artificiales, pero que sobre todo los jóvenes viven como reales y de imperiosa satisfacción. Se vinculan a unos modelos sociales de “triunfador”, de “éxito social” y de poseer para llegar a ser. Es lo que HASSEMER, siguiendo a MERTON, define como teoría de la estructura social defectuosa. Esta teoría se basa en las deficiencias socio-estructurales que ponen en evidencia las relaciones entre el individuo desviado y las condiciones sociales⁷³. Esto provoca un desfase entre la estructura cultural común a todos que define esos modelos a alcanzar y la estructura social, representada por los medios que se poseen para conseguir esas metas y que dificultan la posibilidad de llegar a tales modelos cuando la posición que se ocupa en la estructura social no comporta una capacidad económica suficiente para adquirir esos bienes que definen el “modelo de éxito social”.

En palabras de MERTON, la cultura tiene exigencias incompatibles para los situados en los niveles más bajos de la estructura social, por ello el equilibrio entre los fines señalados culturalmente y los medios para alcanzarlos es muy inestable⁷⁴. Este desfase entre la estructura cultural y la social da lugar a tensiones y a la anomia. Por el contrario, una sociedad en la que la estructura cultural se acopla a la social, en la que se dispone de medios suficientes para alcanzar los fines culturales, es una sociedad que se encuentra en armonía. También en estos casos la mediación podría suponer para el autor un motivo de responsabilización y de reflexión sobre las consecuencias que nuestras acciones tienen para nosotros mismos y para los demás, y sobre el valor que se adjudica a las personas y a las cosas, implicando una oportunidad para un cambio de actitud, de objetivos y de valores vitales.

⁷³ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., p. 61.

⁷⁴ MERTON, R.K., *Teoría y estructura sociales* (trad. TORNER, F.M.), Fondo de cultura económica, México, 1970, p. 155.

3.6. Un apunte sobre la delincuencia de cuello blanco y otros delitos cometidos sin violencia o intimidación

En este apartado se abordan aquellos delitos producidos por una motivación básicamente económica y que suelen llevarse a cabo sin peligro para la vida o la integridad física de las personas. Se incluyen tres tipos de perfiles: en primer lugar, el llamado “delincuente de cuello blanco”, en segundo, aquel al que podríamos denominar “delincuente económico menor” que comete pequeñas estafas, ya sea de dinero, basándose en el engaño, creando falsas expectativas en la víctima o defraudando suministros básicos (luz, agua, gas, teléfono...) a través de la manipulación fraudulenta de las instalaciones correspondientes. En tercer lugar, estaría el delincuente patrimonial de “baja intensidad”. Éste último comete delitos de hurto por motivos económicos, aunque no emplea violencia ni intimidación para conseguir sus objetivos, sino que se vale de distintos ardides, del descuido de la víctima o de las aglomeraciones para apoderarse ilegítimamente de bienes ajenos. Nos estamos refiriendo al típico carterista, que suele cometer el hurto en tiendas, supermercados, bares, restaurantes, transportes públicos, etc. Al no utilizar violencia ni intimidación en las personas, ni generalmente obtener objetos de gran valor, las sanciones previstas han de ser proporcionadas y por tanto no graves. La reacción penal tradicional ante la comisión de estos delitos no tiene mucha eficacia desmotivadora y la reincidencia suele ser muy elevada. ¿Por qué no plantearse ampliar o sumar otro tipo de respuestas más responsabilizadoras y eficaces ante estas actuaciones tan comunes?

Respecto al llamado “delincuente de cuello blanco” suele actuar igualmente por una motivación de tipo económico, forzando o utilizando indebida y abusivamente determinados mecanismos financieros para apoderarse de recursos ajenos u obtener beneficios a costa de sus víctimas. Pretende, además revestir su actividad con un manto de ficticia legalidad e incluso a veces de respetabilidad y emprendimiento económico. Como destaca HORTAL IBARRA la obtención de un beneficio o lucro económico supone uno de los principales incentivos que conducen a estos *sujetos socializados* al quebrantamiento de la ley, (incluida la penal) como medio para lograr ese lucro ilícito⁷⁵.

⁷⁵ HORTAL IBARRA, J.C., “Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político criminal”, en PUENTE ALBA, L.M. (Ed.) *Economía y Derecho penal*

Entre estos delitos se incluyen los de apropiación ilícita, corrupción y otros delitos de trasfondo y finalidad económica.

Siguiendo a HORTAL IBARRA, las personas que cometen este tipo de delitos, en general son actores del mundo profesional y / o empresarial y se les presume una capacidad de elección más racional que la del delincuente clásico, violento o callejero. Se trata de los llamados *delincuentes de cuello blanco*, que en principio tienen una mayor formación, y por tanto, gozan de mayores recursos para informarse sobre las posibles consecuencias negativas de sus actos delictivos. También están en mejores condiciones para analizar los costes tanto jurídicos como reputacionales y los beneficios que pueden derivarse de sus actos en caso de ser detectados, perseguidos y condenados. Por otra parte, cuentan también con mayores recursos para idear y perfeccionar las denominadas “técnicas de neutralización” y / o racionalización que suponen uno de los obstáculos para la comisión de una acción ilegal. En definitiva, según el citado autor, las teorías de la elección racional y de la neutralización pueden facilitar la comprensión de por qué el delincuente de *cuello blanco* está en mejor situación para ponderar los costes y beneficios asociados a la acción criminal, desmontando las barreras morales que la dificultan y justificando su comportamiento contrario al derecho⁷⁶.

La respuesta ante estas actuaciones debería valorar, más allá del castigo como retribución, la utilidad de la respuesta para las víctimas y para la propia sociedad. En el caso de los “delincuentes de cuello blanco” ¿Es útil encerrarles en la cárcel para que al salir puedan beneficiarse del dinero que han obtenido de forma delictiva? ¿Si su motivación ha sido la económica, no será más preventiva la certeza de que nunca podrán beneficiarse de ese dinero obtenido ilícitamente? ¿Si el afán es puramente económico no le va a desmotivar más la probabilidad de perder lo ganado con el delito e incluso ver desaparecer el patrimonio obtenido previamente al delito? Para ello es imprescindible la implicación de todos los recursos de la Administración pública a fin de localizar, a nivel nacional e

en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española”, Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico, Universidade da Coruña, La Coruña, 2015, pp. 183 y 191.

⁷⁶ HORTAL IBARRA, J.C., en PUENTE ALBA, LM. (Ed.) *Economía y Derecho penal*, cit., pp. 191 s.

internacional, los bienes adquiridos ilícitamente y los bienes sujetos a la posible multa como sanción.

El mero temor al riesgo de pasar unos años en la cárcel, en algunos casos, posiblemente no sea suficientemente desmotivador de la conducta ilícita, si a cambio de esos años de privación de libertad, se conserva la expectativa de vivir luego una vida de lujo y la posibilidad de que ese patrimonio, obtenido ilícitamente, sea disfrutado después por las siguientes generaciones de su familia.

¿Qué impediría en estos casos intentar ofrecer una respuesta reparadora o mediada ante estos delitos? En el caso de los delitos menores, la víctima que se siente estafada y moralmente engañada podría salir reforzada al poder explicar su sensación de disgusto, referir el daño padecido por la pérdida material y recibir algún tipo de disculpa o compensación acordada con el victimario. Incluso en los casos de grandes estafas o en los “delitos de cuello blanco” podría articularse una mediación entre el ofensor y la víctima y si fuese la víctima una persona jurídica o existiese un considerable número de personas afectadas, se podría nombrar a una o varias personas en representación de la parte victimal y llevar a cabo una mediación u otro método de JR para favorecer un acuerdo reparador en favor de la o las víctimas.

3.7. Actos delictivos cometidos por personas inimputables

Al margen de esta clasificación, estarían los hechos cometidos por una persona que, a causa de su enfermedad, es considerada inimputable con lo cual no se da la culpabilidad, pero sí puede existir una elevada peligrosidad y el riesgo de repetir conductas similares. En base a esa peligrosidad, si el actor del hecho es curable, deberá recibir un tratamiento apropiado a su patología en un establecimiento adecuado, facilitado por la propia administración pública. Además de los casos de trastornos mentales, podemos incluir los innumerables supuestos de personas que han realizado actos considerados como delitos, debido a su adicción a sustancias tóxicas, ya se trate hechos cometidos bajo los efectos de tales sustancias o para financiar su necesidad patológica de consumo (síndrome de abstinencia). En ambos casos puede darse un trastorno que anule su voluntad. Si se

determina que la patología es incurable y la peligrosidad manifiesta, deberá recibir una asistencia que minimice su peligrosidad y articularse medidas asegurativas y protectoras hacia la comunidad.

Debe actuarse para que esas personas puedan vivir dignamente en centros o incluso con sus propias familias, pero siempre bajo supervisión o seguimiento terapéutico y de seguridad, mientras dure la peligrosidad. El objetivo ha de ser evitar la reiteración de tales conductas, especialmente si existe un elevado riesgo de reincidir en acciones que lesionen gravemente bienes esenciales como la vida, la libertad o la integridad física. En esta línea, pueden ubicarse las mencionadas medidas del art. 106 CPE relativo a la libertad vigilada.

Ante la problemática que ofrece el tratamiento penal de los inimputables SANZ MORAN, contrapone el planteamiento “monista”⁷⁷ que supone ofrecer únicamente una respuesta penal, ya sea una pena o una medida, frente a las soluciones “dualistas” que plantean distintas formas de REACCIÓN al delito. Un planteamiento “monista” exclusivo de medidas supondría la renuncia a la pena y su sustitución por un modelo de mayor inseguridad jurídica. Si, por el contrario, se tratase de un modelo exclusivo de pena supondría excluir del ámbito penal el tratamiento del inimputable y llevarlo al ámbito del Derecho civil o administrativo. Actualmente no se defienden ninguno de los dos planteamientos y apenas se cuestiona la reacción en forma de medidas frente a la persona inimputable. En España hasta 2010 se aplicaba la línea monista pura con incrementos de pena, aunque resultaba claramente discutible este incremento de pena para hacer frente a la peligrosidad (más allá incluso de la culpabilidad por el hecho). A partir de 2010 se incorpora la medida de libertad vigilada acumulada a la pena, sumándose así a la vía dualista, aunque el citado autor considera criticable su articulación legislativa y en particular que implique la presunción *iuris et de iure* de peligrosidad⁷⁸.

⁷⁷ SANZ MORAN, A.J., “Imputabilidad y medidas”, ponencia presentada en la Universidad de Barcelona, el día 30 de mayo de 2015, en el marco del I Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales: “Retos actuales de la teoría del delito”, pp. 1 ss.

⁷⁸ SANZ MORAN, A.J., “Imputabilidad y medidas”, cit., pp. 1 y 3.

3.8 Epílogo

Para una correcta clasificación, en algunos de los seis tipos propuestos, sería imprescindible la colaboración y el asesoramiento profesional de expertos en psiquiatría y psicología que aportasen informes técnicos sobre la figura del autor, sus posibles motivaciones para delinquir, sus rasgos psicológicos, su nivel de autocontrol y la probabilidad de repetir conductas similares en el futuro, realizando evaluaciones individualizadas del riesgo que tengan en cuenta todos los indicadores y factores de riesgo que presenta. En definitiva, una aproximación basada en criterios técnicos sobre su peligrosidad real, para que el órgano judicial formase criterio sobre bases periciales y tomase las decisiones objetivamente más adecuadas, en función de las circunstancias de cada caso concreto. Este asesoramiento profesional también debería conllevar un seguimiento de la evolución posterior del autor de los hechos delictivos, teniendo en cuenta que la evaluación del riesgo es dinámica y graduable.

Si esta clasificación y las respuestas ante el delito que se proponen, pudiesen simplificarse entorno a dos ideas básicas, éstas serían. Primera: brindar oportunidades y facilitar nuevas respuestas reparadoras y responsabilizadoras más allá de la cárcel a quienes, habiendo cometido un delito, mostrasen voluntad de reparar el daño cometido y, si se tratase de delitos graves, en base a informes técnicos periciales, no representasen un peligro futuro para los bienes fundamentales de las demás personas, ni de la comunidad. Segunda: Proteger a la sociedad frente a quienes han lesionado bienes fundamentales y que, en base a sus características personales, psicológicas y las del delito cometido, pueda establecerse su culpabilidad y un diagnóstico claro de peligrosidad, como elevada probabilidad o riesgo de reiterar tales conductas en el futuro. En estos casos, la idea de prevención y protección requeriría la articulación de medidas educativas combinadas con medidas asegurativas, privativas de libertad o al menos de supervisión, seguimiento, evaluación del riesgo y limitativas de su libertad deambulatoria, mientras perdurase tal peligrosidad.

Respecto a las medidas de seguridad, según JESCHECK, el pronóstico del comportamiento futuro juega un rol decisivo, pues aquellas solo se justifican cuando existe una clara

necesidad de seguridad frente al delincuente⁷⁹. También depende de la clase y número de los antecedentes, de la personalidad del autor y su desarrollo, así como de las circunstancias de la vida futura del ofensor en la sociedad.

En definitiva, la pena privativa de libertad sería de aplicación solo en delitos graves, que atentasen contra los bienes fundamentales y cuando a la culpabilidad por un delito grave se le sumase la peligrosidad del autor, es decir su probada propensión y probable repetición de conductas similares que supusieran un riesgo grave para los bienes fundamentales de las personas. En los demás supuestos deberían arbitrarse otro tipo de medidas menos estigmatizantes y más útiles, ofreciendo la opción de la mediación u otro sistema de JR como instrumentos que propician la reparación a la víctima y la responsabilización personal del autor. Instrumentos que tengan en cuenta la prevención general en sentido positivo o integrador, respecto a la asunción del valor y de la necesidad de las normas para posibilitar una convivencia satisfactoria. Estas medidas podrían complementarse con actuaciones que potenciasen la certeza de la inutilidad del delito, como la eficacia policial y la celeridad judicial que propiciase la convicción de “que no compensa arriesgarse a vulnerar la norma penal”, o que “será contraproducente para el propio infractor” no respetar tales normas debido a la elevada probabilidad de ser detenido o de no poder disfrutar los “réditos” del delito.

Evidentemente se trata de supuestos en los que el respeto hacia los demás y hacia sus bienes fundamentales, no se ha asumido de forma espontánea, como un valor ético de convivencia en sí mismo, sino que debe ser inducido, apelando al egoísmo individual traducido en el temor a las consecuencias penales o al desprestigio social que la comisión de un delito pueda acarrear sobre uno mismo. El propio ROXIN pensando en el Derecho penal del futuro señala: *“junto a la pena se tendrán que emplear elementos de dirección socio-política muy diferenciados y flexibles, vinculados a una conducta punible, pero de carácter solamente similar al de una pena”*⁸⁰.

⁷⁹ JESCHECK, H., *Tratado*, cit., p. 95.

⁸⁰ ROXIN, C., *Dogmática penal*, cit., p. 463.

Por otra parte, la idea de que el delincuente y el violento, no vienen simplemente dados, sino que son producidos socialmente, plantea la cuestión de la corresponsabilidad político-criminal por el delito, pudiéndose hablar de una estrecha relación entre delito y estructura social. El reconocimiento de esta relación podría ser, según HASSEMER, el motor para una actividad frente a la violencia y el delito “*que se orientara de forma productiva frente a estos fenómenos*”⁸¹ y no simplemente de forma represiva. Según HASSEMER, esta sería “*la base para una política criminal a largo plazo y bien pensada*”. Este tipo de respuestas al delito tienen un sentido constructivo-reparador y no están orientadas solo a fines meramente retributivo-punitivos.

Cabe plantearse si nuestra sociedad está culturalmente preparada para admitir que quien haya cometido un delito, de gravedad media o elevada, aunque se haya esforzado en reparar sus consecuencias de forma satisfactoria para la víctima y que informes de expertos avalen su no peligrosidad y escasa probabilidad de repetir conductas similares, no sea privado de libertad. Por ello en este trabajo se intentan plantear respuestas integradoras frente al delito, en el sentido de no renunciar a unos principios básicos de signo constructivo reparador, pero sin desoír la demanda social de mayor seguridad y un sentir, bastante generalizado, que identifica todavía, justicia con venganza. Es necesario hacer pedagogía en este sentido, para superar, de forma progresiva, esta idea. El Derecho tiene un papel importante en la introducción de nuevas respuestas ante el delito, que tiendan a la superación del ánimo de venganza y aporten una ponderación pedagógica de valores culturales de signo conciliador, reparador, integrador y constructivo que calen en la conciencia social y fomenten la idea de utilidad individual y social y de racionalidad frente a la mera y básica reacción de venganza.

4. TRASLACIÓN PRÁCTICA DE LAS PROPUESTAS A LA REALIDAD SOCIAL

Las estadísticas recientes de la criminalidad en España muestran una clara tendencia a la baja con valores negativos según las tasas de criminalidad de 2018, 2017, 2016 y 2015⁸².

⁸¹ HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal*, cit., p. 51.

⁸² Estadística Nacional facilitada por el Gabinete de coordinación y estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior (en línea:

A pesar de ello y lejos del ideal expresado en el epígrafe anterior, nuestra sociedad movida por un cierto ánimo de venganza reclama a menudo un endurecimiento de las penas. Influye notoriamente en esta reclamación la creciente atención mediática hacia los asuntos relacionados con la delincuencia, que destacan autores como DIEZ RIPOLLÉS⁸³ y también un aumento de la preocupación en la opinión pública motivado por la difusión mediática de la comisión de delitos graves. Al retroalimentarse o utilizarse este ánimo con fines políticos, se traduce en medidas más contundentes que suponen ampliar la pena de cárcel a un mayor número de delitos y alargar su duración, desoyendo los criterios fundamentales de última ratio del Derecho penal clásico.

Así ha sucedido en España, a raíz de las reformas penales llevadas a cabo en el año 2003 y otras posteriores, como la LO 1/2015 en que se introdujo la pena de prisión permanente revisable y que han significado un endurecimiento general de las penas en clave retributiva. Como apunta GARCÍA ARÁN, se evidencia un modelo político-criminal caracterizado por el uso de *ius puniendi* como solución a los problemas sociales. Esta misma autora denuncia “*la expansión del Derecho penal en detrimento del garantismo, el denominado Derecho penal del enemigo y la irracionalidad introducida por las demandas sociales de represión, alimentadas por los medios de comunicación*”⁸⁴. GARCÍA ARÁN entiende que las reformas, no solo agravan las penas en general, sino que “*se utiliza cada vez más el Derecho penal, como instrumento de solución de problemas planteados por la sociedad post-industrial*”⁸⁵. Según esta autora, la expansión del Derecho penal supone una disminución de las garantías porque lo más extenso es menos concreto y preciso que lo mínimo. Y describe la historia del Derecho penal moderno como la tensión entre la vocación expansionista del castigo y el establecimiento de límites racionales, reivindicando la función crítica de los juristas “*para que la tendencia expansionista del castigo no se desboque*”⁸⁶.

www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/informe+balance+2016_ENE_DIC.pdf/7b81f9af-fe32-4265-9bd0-649665114afb.

⁸³ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 14.

⁸⁴ GARCÍA ARÁN, M., “El Retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, RJC, vol. 104, núm. 2, Barcelona, 2005, p. 37.

⁸⁵ GARCÍA ARÁN, M., RJC, vol. 104, núm. 2, 2005, pp. 43 y ss.

⁸⁶ GARCÍA ARÁN, M., RJC, vol. 104, núm. 2, 2005, pp. 45 ss.

Ante este panorama, cabe preguntarse si la aplicación de la “corriente más dura” aportará mayor seguridad ciudadana. HASSEMER enfatiza “*las necesidades retributivas de la comunidad*” que el Derecho penal no debe obviar, aunque por otro lado, añade que “*el sistema de Derecho penal tampoco puede sencillamente seguir estas necesidades acogiéndolas, sino que debe elaborarlas estratégicamente*”. Según HASSEMER “*el Derecho penal debe canalizar esa necesidad, neutralizarla tendencialmente y amortizarla, hasta los límites en los que aparezca el peligro de que se separe de la sociedad a la que sirve, porque, con el afán de conseguir a toda costa una praxis penal humana y racional se aleje demasiado de la sociedad*”⁸⁷.

Teniendo en consideración estas “tendencias retributivas”, la necesidad colectiva de percibir un cierto “control social” o la seguridad que describe GARLAND⁸⁸ y la voluntad de evitar la alarma social, no descarto la pena privativa de libertad, aunque ceñida a determinados delitos dolosos graves cometidos contra bienes fundamentales de las personas: la vida, la libertad (secuestro, violencia sexual) y la integridad física (amputaciones, deformaciones graves, inutilización de miembros), en los que además, pericialmente, pueda establecerse una elevada probabilidad de reiteración. Los delitos que afectan únicamente al patrimonio de las personas, en principio, son más fácilmente reparables y, por ello, adquiere un especial sentido la posibilidad de aplicar algún método de JR como la mediación, directa o indirecta, con fines reparatorios y siempre de forma voluntaria para ambas partes. Si la reparación voluntaria, acordada a través de la mediación, no fuese aceptada por alguna de las partes o no fuese viable, el Juez dictaría el tipo y la entidad de la reparación en base al daño padecido por la víctima o víctimas, teniendo en cuenta la capacidad reparatoria del autor. Junto a la reparación, voluntariamente asumida (que podría facilitarse a través de la mediación) o impuesta por el Juez, podrían articularse medidas complementarias en concepto de pena (multa, TBC, medidas educativas, terapéuticas, formativas...), y atendiendo a las características del caso (gravedad y lesividad de los hechos, número de personas afectadas, reincidencia, etc.).

⁸⁷ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., pp. 362 ss.

⁸⁸ GARLAND, D., *La cultura del control*, cit., pp. 275 ss.

Con el objetivo de propiciar la reparación del daño, abogo por el fondo público de compensación a favor de la víctima (que ya existe y es más comunmente utilizado en los supuestos de impago de pensiones a los hijos) que se activaría cuando el declarado culpable no pudiese reparar directa e inmediatamente el daño ocasionado. En estos casos de insolvencia, el autor del hecho contraería una deuda con el fondo que afectaría tanto a sus bienes presentes como futuros. La misma institución que gestionase el fondo debería ofrecer al autor-deudor la posibilidad de realizar actividades de interés social o comunitario que repercutiesen en la disminución de su deuda a cambio del trabajo realizado.

El Consejo de Europa abordó el problema de indemnización a víctimas con fondos públicos ya a principios de los años 70, dando pie en 1983 al establecimiento del “Convenio Europeo relativo a la indemnización a las víctimas de infracciones violentas”. Doce Estados miembros de la UE han firmado este Convenio, entre ellos España, aunque solo en nueve se ha ratificado y entrado en vigor: Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suecia y Reino Unido. El Convenio establece que la indemnización será pagada por el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito a los ciudadanos de los Estados parte del Convenio, así como a los ciudadanos de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que sean residentes permanentes en el país en cuyo territorio se cometiera el delito. Un criterio común para poder acogerse a la indemnización es que el delito haya sido intencionado y/o violento. La indemnización estatal se considera como el último recurso, ya que todos los Estados miembros parten del principio de que, en primer lugar, la responsabilidad de indemnizar a la víctima recae en el infractor y solo cuando éste es desconocido o carece de medios, el Estado interviene. Con el fin de completar dicho Convenio, la Comisión de las Comunidades Europeas, publicó en 2001 el Libro Verde en relación con la “Indemnización a las víctimas de delitos”⁸⁹. En sus conclusiones señala que esta iniciativa “*podría constituir una piedra angular básica en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, creando un nivel fundamental de protección para todos los residentes de la Unión Europea*”.

⁸⁹ Libro Verde de la Comisión: “Indemnización a las víctimas de delitos” (en línea: <https://e-justice.europa.eu/home.do>).

La creación de este fondo público para indemnizar a las víctimas en el que el autor asume también un papel protagonista en la efectividad de la reparación material, está destinado a favorecer la compensación real de la víctima, estimulando además la responsabilización del autor del daño que tendría también la posibilidad de participar, de forma totalmente voluntaria al igual que la víctima, en un proceso de mediación para tratar de llegar a acuerdos sobre la entidad, la forma y el sistema de reparación.

En esta filosofía de ponderar la reparación a la víctima y que esa compensación por el daño causado proceda del esfuerzo realizado por el propio autor del delito, se sitúa 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. En dicha Directiva se reconoce plenamente la función de los servicios de JR o reparadora, como los denomina en su texto, y ha sido transpuesta en España a través de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, recogiendo sus mismos postulados y en especial los derechos que reconoce a las víctimas para introducirlos en la legislación estatal. También la Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de Ministros a los Estados miembros, respecto a la JR en materias penales, se dirige a todos los operadores tanto públicos como privados que trabajan en el ámbito de la justicia penal, estableciendo así un impacto amplio respecto a las personas y a los profesionales a los que se dirige la Recomendación.

Como he señalado anteriormente, ante cada delito deberían analizarse las causas y las motivaciones que pudieron provocar su comisión y diseñar las reacciones posteriores con el objetivo principal de minimizar y reparar el daño producido y evitar su repetición. Por ejemplo, respecto a los delitos de contenido económico o al delito de estafa, la mediación voluntaria entre la víctima y el autor podría dar lugar a una reparación más satisfactoria para la víctima y realizable por parte del victimario. Si esta mediación (directa o indirecta) no fuese posible o viable, el Juez establecería, coercitivamente, la reparación del daño, devolviendo el monto total de la estafa o de la sustracción más la cantidad estimada por el perjuicio padecido, y a este objetivo deberían quedar vinculados todos sus bienes. A la

reparación del daño causado, ya fuese obtenida voluntariamente a través de la mediación, o forzosa cuando la impusiese el Juez, podría sumarse la pena de multa como sanción, limitando su capacidad adquisitiva hasta el límite de satisfacer sus necesidades básicas y sus responsabilidades familiares.

Estas medidas, posiblemente, tengan una mayor fuerza preventiva que la propia pena de cárcel, ya que inciden directamente en la “motivación” del estafador: su interés por la obtención fraudulenta de dinero fácil a costa de engañar y perjudicar a otras personas. Encerrar a un estafador o a un delincuente de los llamados de “*cuello blanco*” para que luego, por su usual buen comportamiento, obtenga los preceptivos beneficios penitenciarios y disfrute del dinero estafado, ya sea en su país o en otro, se percibe como criminógeno y motivador de alarma social, especialmente en las grandes estafas. En este tipo de delitos, más que gastar el dinero público en mantener en la cárcel a estas personas, los recursos y esfuerzos deberían emplearse en la localización de cuentas o bienes obtenidos a raíz de la estafa, incluidos los que estén en el extranjero o los que se hayan puesto a nombre de terceros con voluntad defraudatoria.

Otro ejemplo podría ser el referente al delito de incendios forestales u otro tipo de delito contra el patrimonio natural. En estos casos, aparte de la reparación voluntaria (que podría consistir en una actividad controlada de limpieza de bosques o reforestación) o forzosa de reparación económica, podrían sumarse la pena de multa y, sobre todo, medidas relacionadas con los hechos, como la participación voluntaria en cursos de prevención de incendios, cuidado de la flora y programas de reforestación, entre otros. Se trataría de medidas o programas de cariz pedagógico que favoreciesen la concienciación del peligro y del daño efectivo que estas actuaciones conllevan para el ecosistema y para toda la comunidad, incluido el mismo autor y su entorno más cercano.

Una de las situaciones delictivas más usuales, es la relativa a los robos cometidos a causa de la adicción a las drogas (ya sea tráfico de drogas o robo con intimidación hacia las personas o fuerza en las cosas), cuando el declarado culpable (imputable) no hubiese causado ninguna lesión física grave a la víctima, la reacción más eficaz, además de posibilitar la opción de la mediación o aplicar la reparación, antes descrita, consistiría en

ofrecerle un tratamiento de deshabituación que podría ser ambulatorio o con ingreso en un centro especializado, según el grado de intoxicación o dependencia del autor. El tratamiento de desintoxicación se ofrecería también cuando, aún siendo considerado imputable, cometió el delito a causa de su adicción, ya fuese para satisfacer su necesidad de consumo o bajo los efectos desinhibidores de tales sustancias. Posiblemente sería adecuado que, muchas de las sanciones o medidas impuestas, se complementasen con otras medidas de calado socio-terapéutico como la ya mencionada “*terapia social emancipadora*” propuesta por HASSEMER⁹⁰.

Estas medidas, evidentemente implican una dotación de recursos, tanto humanos (personal experto en las mencionadas terapias y equipos técnicos preparados para ofrecer apoyo y un seguimiento similar a la “*probation*” anglosajona) como de los medios materiales y económicos necesarios para dotar el mencionado “fondo de compensación para las víctimas”, crear y subvencionar centros de desintoxicación públicos o privados, ayudar económicamente a los familiares directos de los victimarios sin recursos, favorecer la reinserción laboral, y facilitar una vivienda digna mientras se produce su reintegración a la vida laboral y su emancipación económica.

En definitiva, el modelo defendido requiere la dotación de medios y recursos suficientes en la adopción de las medidas que la práctica señale como necesarias para la reparación efectiva de la víctima y la recuperación personal, social y laboral del infractor. La idea es sencilla: invertir más medios en prevenir y ofrecer oportunidades reales de superación e integración que gastar en soluciones meramente punitivas y de corto recorrido. Es evidente que una respuesta integral a la delincuencia, más reparadora y reintegradora que punitiva, supone destinar recursos para que se articule adecuadamente en la práctica. No obstante, este coste, incluso en términos puramente económicos, podría contribuir, a medio plazo, a disminuir el elevado presupuesto de construcción y el mantenimiento de los centros penitenciarios existentes sin mencionar los inasumibles costes sociales y personales para los internos y para sus familias.

⁹⁰ HASSEMER, W., *Fundamentos*, cit., pp. 364 ss.

La pena privativa de libertad debería reconducirse y limitarse a aquellos casos en que su aplicación se estimase como estrictamente necesaria para proteger a la sociedad y garantizar la seguridad en los delitos muy graves. En estos casos la privación de libertad se entendería, fundamentalmente, como una medida asegurativa encaminada a tutelar la indemnidad de los bienes fundamentales de las personas⁹¹. La medida asegurativa se mantendría activa mientras continuase vigente la peligrosidad. La dificultad estribaría en determinar la vigencia del riesgo o grado de probabilidad en la comisión de nuevos delitos y en establecer el momento en que cesa esa peligrosidad para reinsertarse de nuevo en la convivencia social, sin suponer un peligro concreto para las demás personas. Actualmente no se está actuando bajo una perspectiva integral, sino respondiendo, de forma obsoleta y cortoplacista, a los síntomas o consecuencias puntuales de situaciones que suelen presentar problemáticas enquistadas de fondo que acostumbran a ser endémicas y sistémicas.

Para llevar a la realidad estas propuestas sería necesario, en primer lugar, orientar un cambio de mentalidad en el conjunto de la sociedad y en la Administración pública. Un viraje progresivo que suponga adoptar una perspectiva más de futuro que de pasado, primando respuestas constructivas, preventivas, responsabilizadoras, integradoras y reparadoras ante el delito, superando la mera reacción retributiva que se ancla en el delito e identifica justicia con castigo y venganza. El Derecho en general y el penal en particular, a través de integrar figuras como la mediación podrían evolucionar hacia conceptos más restaurativos, pacificadores y útiles tanto desde un punto de vista individual como social.

En segundo lugar, mejorar la situación actual, diversificando y abriendo la posibilidad de aplicar otras medidas de calado más reparador que demuestren ser más eficaces que la ya obsoleta “*pena de cárcel para todo*”. En tercer lugar, debería reorientarse el destino de los recursos públicos empleados actualmente en aplicar sanciones tan costosas como la pena privativa de libertad⁹² y dedicarlos a otro tipo de medidas de signo preventivo.

⁹¹ Como señalan MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, cit., p. 59, la norma penal, igual que las demás normas jurídicas, cumple una función eminentemente protectora.

⁹² Gasto de mantenimiento de 65 euros por interno y día en centro penitenciario en España (el coste medio de la Unión Europea por persona y día es de 42 euros), según datos aportados por el Secretario General de Instituciones Penitenciarias, el magistrado Ángel Luis Ortiz, en conferencia pronunciada en el Consejo General del Poder Judicial el día 20 de enero de 2020. Estos datos vieron también la luz en un artículo

Dícese, por ejemplo, la mejora de los equipamientos sociales, educativos y culturales, potenciando una igualdad real de oportunidades para todos, más allá de la particular extracción social. En este aspecto la educación y el acceso a la formación para mejorar las expectativas de futuro de las personas con menos recursos juegan un papel fundamental. Como ya dijo BECCARIA en el siglo XVIII: “*el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos, es perfeccionar la educación*”⁹³. Y, por último, potenciar la implementación de medidas encaminadas a la mejora del control social formal a través de una mayor eficacia policial, y el apoyo del control social informal estimulando la participación de la comunidad en la gestión de los conflictos, la compensación a la víctima y el fomento de una auténtica resocialización y recuperación del infractor. Si como señala TSCHUDI partiésemos desde una perspectiva más amplia y una aproximación desde la dignidad humana, gestionar las consecuencias del delito debería significar, además, curar o reparar el daño, y contribuir así a restaurar la dignidad y la capacidad de todas las personas protagonistas del acto delictivo⁹⁴.

En conclusión, el sistema propuesto ofrecería nuevas opciones menos estigmatizantes para el victimario y más satisfactorias para la víctima, reduciría progresivamente la población carcelaria, con lo cual se necesitarían menos cárceles y disminuirían los recursos que ahora se destinan a tal fin. El presupuesto que se ahorraría en el mantenimiento y construcción de más establecimientos penitenciarios podría revertir en medidas sociales, preventivas, reparadoras y resocializadoras que, a largo plazo, ofrecerían unos resultados mucho más satisfactorios tanto para los concretos individuos como para la sociedad en general. Todo ello propiciaría finalmente una reducción del gasto presupuestario y todavía más importante, reduciría el desgaste personal y el malestar social. Se favorecería una convivencia más pacífica y un mayor equilibrio social real en una comunidad más libre y más respetuosa hacia los valores y bienes de los demás individuos. Con estas premisas, el Derecho penal tendría mayores posibilidades de ser

publicado en *El País* el día 20 de febrero de 2020 en base a un documento aportado por el Ministerio del Interior, (en línea: https://elpais.com/politica/2020/02/20/actualidad/1582197056_910405.html).

⁹³ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas* (edición facsímil de la traducción española de DE LAS CASAS, JA. de 1774), Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 248.

⁹⁴ TSCHUDI, F., “*Dealing with violent conflicts and mass victimisation: a human dignity approach*”, en AERTSEN, I. / ARSOVSKA, J. / HOLGUER, C.R. / VALIÑAS, M. / VANSPAUMEN, K., *Restorative Justice after Large-scale Violent Conflicts*, Willan Publishing, Portland, 2008, p. 47.

generalmente aceptado como un instrumento útil y de último recurso. No sería meramente asumido como un mecanismo sancionador, sino que podría ser valorado como un recurso preventivo, equilibrador, pedagógico, integrador y reparador, dentro de una Justicia menos estandarizada, menos estigmatizante, más constructiva y más humana que, está al servicio de todas y cada una de las personas.

CAPÍTULO V. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. INTRODUCCIÓN

Las bases de la JR, tal como la conocemos hoy, surgen a partir de la segunda mitad del siglo XX, debido en gran parte a la insatisfacción generada a causa de los resultados prácticos del Derecho penal tradicional. En esta línea, VARONA MARTÍNEZ menciona el llamado “Derecho comprensivo” o integrador para indicar precisamente que el sistema de justicia actual, a pesar de suponer una gran conquista jurídica social, es frustrante para profesionales y usuarios (víctimas, personas acusadas, investigadas y sociedad en general) al no integrar las diferentes dimensiones y aspectos que están presentes en todos los asuntos que llegan a los tribunales¹.

Siguiendo a BOBBIO en los Estados modernos la legalización de la violencia se produce a través de la emanación de las reglas generales y abstractas de conducta, en base al principio de que la violencia del Estado solo se puede ejercer en caso de violación de las normas primarias. En este marco, BOBBIO alude el problema de la violencia como mecanismo de valor instrumental, calificado de “*mal necesario*” justificado como inevitable en determinadas circunstancias. Pero entiende que el problema de la violencia, dejando intactos los fines considerados como irrenunciables, puede resolverse “*en el hallazgo de medios alternativos, o sea de procedimientos que cumplan con la misma función que la violencia organizada y tengan la misma eficacia que los procedimientos que emplean la violencia*”. Con ello llega a la conclusión de que toda condena de la violencia es estéril, si no va acompañada de la búsqueda de medios alternativos. La JR aporta, entre otros elementos, el interés por encontrar estos medios alternativos, con la misma o incluso superior eficacia que los métodos basados en el castigo como forma de violencia institucionalizada². Como afirma ZEHR, incluso los profesionales del sistema, jueces, abogados, fiscales y funcionarios manifiestan a menudo un sentimiento de frustración y consideran que el proceso judicial agudiza aún más los conflictos sociales y

¹ VARONA MARTÍNEZ, G., *Justicia Restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 28 s.

² BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 197 s.

las heridas a consecuencia del delito, en lugar de contribuir a sanarlos o a transformar dichos conflictos³.

El descontento se manifiesta, especialmente, respecto a la aplicación de la pena privativa de libertad y sus negativas consecuencias, que ni satisfacen las necesidades de la víctima ni, en la mayoría de los casos, consiguen producir efectos resocializadores efectivos, ni evitar la reincidencia del autor. Por el contrario, en muchas ocasiones la aplicación de este tipo de pena favorece su criminalización y su etiquetamiento como delincuente. Con ello queda claro que se condiciona negativamente sus expectativas de futuro, facilitando una irremediable introducción en circuitos delictivos. A esta insatisfacción se ha sumado el desencanto producido por el incumplimiento de las esperanzas puestas en la introducción de los métodos resocializadores en la ejecución de la pena privativa de libertad. En este sentido, TAMARIT SUMALLA destaca que *“en la esfera estrictamente penal y criminológica, deben considerarse como antecedentes del surgimiento y expansión de la justicia reparadora la crisis del modelo rehabilitador y la necesidad de encontrar una respuesta realista diferente a la que representó el neoretribucionismo o el abolicionismo penal”*. Este mismo autor apunta que en el desarrollo de la justicia reparadora, también ha tenido una notable incidencia la difusión de la cultura de la resolución pacífica de conflictos, el creciente protagonismo de las víctimas y la evolución de la victimología hacia una *“victimología de la acción”*⁴.

Como señala LARRAURI PIJOAN, en la década de los años ochenta el debate sobre la cárcel amplió su objetivo, ya que la cuestión no estribaba en buscar solo castigos alternativos, sino alternativas al castigo, es decir, se trataba de encontrar medios alternativos de resolver los conflictos sociales, entendiendo el delito, como uno de ellos⁵. Por otra parte, la expansión de las alternativas había puesto de manifiesto la necesidad de exigir que se respetasen las garantías propias de las penas, lo cual, indirectamente legitimaba su propia función limitadora. Siguiendo a LARRAURI PIJOAN, existía consenso en la criminología, acerca de que estas nuevas vías deberían tener determinados valores para merecer el

³ ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, (Coord. equipo de trad. JANTZI, V.E.), Good Books, USA, 2007, p. 6.

⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 4.

⁵ LARRAURI PIJOAN, E., *La herencia*, cit., pp. 213 ss.

calificativo de “alternativas”. Se trataba de dar primacía a aquéllas más alejadas de las estructuras punitivas, que no implicasen una intrusión intolerable en la personalidad del ofensor, que ofreciesen una mayor posibilidad de reparar el daño causado por el delito, que facilitasen una mayor participación a los afectados en el conflicto, etc.

En la década de los setenta se polemizaba sobre la posibilidad de la no intervención, para evitar el surgimiento de la desviación secundaria, con la idea de que cuanto menos se etiquetase más posibilidades había de normalizar. No obstante, en los años ochenta, esta no intervención radical fue objeto de rechazo, al igual que las propuestas alternativas de intervención. Como destaca LARRAURI, la crítica a las instituciones totales y, en especial, a la cárcel presentaba como alternativa la derivación fuera del sistema (*diversion*).

AERTSEN / MACKAY / PELIKAN / WILLEMSSENS / WRIGHT señalan que en los últimos años una nueva exigencia se suma a las ya existentes acerca del Derecho penal: debería tener en mayor consideración a la víctima⁶. Al menos, las víctimas desearían ser informadas acerca del progreso o falta de progreso de su caso. Las encuestas realizadas demuestran que, a muchas de las víctimas, les gustaría hacer preguntas acerca del delito, resolver dudas que solo el ofensor puede responder y tener la oportunidad de transmitirle el efecto que el delito ha producido en su vida. Idealmente, les gustaría que el ofensor les pidiese disculpas y les ofreciese algún tipo de reparación. Existen repetidas quejas acerca de que el Derecho penal ignora las necesidades e intereses de las víctimas en estas materias. El cúmulo de insatisfacciones motivaba que las corrientes reformadoras del Derecho penal y, particularmente, la criminología, llevasen largo tiempo investigando con el objetivo de encontrar mejores respuestas al delito, que fuesen menos destructivas y más efectivas. Según JOHNSTONE el resultado de esta larga investigación es la JR⁷. En consecuencia, la búsqueda de alternativas y de actuaciones más apropiadas y útiles de reacción ante el delito, potenciaron la JR como una nueva forma de enfocar la criminalidad y sus consecuencias, de atender mejor a la víctima, de darle voz y responder más oportunamente al delito concreto cometido.

⁶ AERTSEN, I. / MACKAY, R. / PELIKAN, C. / WILLEMSSENS, J. / WRIGHT, M., *Rebuilding Community connections- mediation and restorative Justice in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2004, p. 11.

⁷ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, Willan Publishing, Portland, 2002, pp. 12 ss.

Aunque como plantea ZERNOVA, sus defensores alegan que no se trata de una novedad, sino de un regreso a fórmulas tradicionales de gestionar el conflicto y el delito que han estado presentes en diferentes culturas a lo largo de la historia de la humanidad⁸. En este mismo sentido se expresa también BRAITHWAITE entendiendo que se trata de la recuperación de formas tradicionales utilizadas por antiguas tribus y comunidades⁹. AERTSEN destaca el evidente origen anglosajón del término JR, traducción de *Restorative Justice*, que algunos autores prefieren traducir como Justicia reparadora. La denominación empezó a usarse en países como Canadá, USA, Reino Unido, Nueva Zelanda o Australia¹⁰. Progresivamente se fue introduciendo en la política criminal y en la práctica del Derecho penal.

Su nacimiento puede considerarse inicialmente vinculado al Derecho penal juvenil, ya que este nuevo tipo de reacciones tenía el objetivo principal de hallar respuestas útiles, que evitasen la posterior criminalización, brindando a los jóvenes infractores una oportunidad para reflexionar y rectificar su conducta, pero sin dejar a la víctima desamparada en la satisfacción de sus intereses. Siguiendo a JOHNSTONE, la JR gira en torno a la idea de que “*el delito es, en esencia, una violación de una persona por otra persona, más que una vulneración de normas legales*”¹¹. La JR contempla los delitos de forma más amplia, involucrando más a las partes y a la propia comunidad en la búsqueda de la respuesta al delito cometido. El delito no supone una simple trasgresión de leyes, sino el reconocimiento de un daño que el infractor ha producido a la víctima, a la comunidad y a sí mismo. Por ello, en respuesta al delito, la primera preocupación debería ser concienciar al ofensor acerca del daño que ha causado, ayudarle a comprender y asumir la responsabilidad de reparar ese daño y prevenir la comisión de nuevos delitos.

La JR valora el éxito de su aplicación de forma distinta a la justicia tradicional: en vez de medir el éxito por el *quantum* del castigo a infringir, lo mide en base a cuánto daño ha

⁸ ZERNOVA, M., *Restorative Justice, ideals and realities*, Ashgate Publishing Limited, Surrey, 2010, p. 7.

⁹ BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 3 ss.

¹⁰ AERTSEN, I., “*Restorative Justice in an European perspective*”, Documento presentado en la conferencia de Justicia Restaurativa, celebrada en Dublín, el 23 de abril de 1999.

¹¹ JOHNSTONE, G., *Restorative*, cit., p. 9.

sido reparado o prevenido. En lugar de otorgar los papeles clave en la gestión de delito, solo al poder público y al infractor, incluye también a la víctima y a la comunidad. JOHNSTONE, plantea que, ante la comisión de un crimen, la cuestión primordial no debería ser ¿Qué pena debe imponerse al delincuente? sino más bien ¿Qué debe hacerse para ayudar a la víctima?¹². Por ello desde la JR se considera que, una vez establecidos los hechos delictivos, la prioridad no debería consistir tanto en castigar al ofensor como en determinar las necesidades de la víctima, asegurar que el ofensor sea totalmente consciente del daño que ha causado a las personas, estimular la asunción de responsabilidades sobre la reparación de ese daño, y adoptar medidas útiles que eviten la reincidencia, reenfocando la respuesta al delito con una perspectiva de futuro. Por ello la JR responde mucho mejor a las necesidades de la víctima que un mero castigo judicial y a la vez el ofensor tiene la oportunidad de recuperar, o a veces ganar por primera vez, el respeto de la comunidad con su esfuerzo por reparar a la víctima en lugar de generar desprecio, desconfianza o aislamiento social.

En España, aunque en menor medida, diversos autores se han ocupado también de la JR o Reparadora. Entre ellos destaca TAMARIT SUMALLA, que la describe como un movimiento de alcance mundial, cuyos promotores califican de un nuevo paradigma alternativo al modelo tradicional de justicia retributiva y al modelo, supuestamente fracasado, de justicia rehabilitadora¹³. El mismo TAMARIT SUMALLA, comenta que se esgrime incluso como alternativa al “paradigma punitivo” una forma de reacción social, que en vez de infligir un mal querido al ofensor, aporte una respuesta socialmente constructiva que trate de reparar razonablemente el daño causado. También VARONA MARTÍNEZ ha profundizado en la JR y entiende que aplicar este paradigma implica que la reacción ante una injusticia o un daño injustamente cometido debe ser la reparación. La JR no se centra tanto en la vulneración de la norma y el ataque a un bien jurídico en abstracto, sino en el daño concreto producido a una persona o a un grupo de personas¹⁴.

¹² JOHNSTONE, G., *Restorative*, cit., pp. 10 ss.

¹³ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) / GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ALTAVA LAVALL, M.G., *Justicia penal de menores y jóvenes, análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 50 ss.

¹⁴ Según VARONA MARTÍNEZ, G., *Justicia Restaurativa*, cit., pp. 22 s.: “La implantación de métodos restaurativos contribuye a la democratización de la justicia pues suponen la participación de la comunidad en este servicio público, lo que se considera esencial para una justicia de calidad”.

TAMARIT SUMALLA recuerda que este movimiento internacional cristalizó en la redacción de una “*Propuesta preliminar de la Declaración de los principios básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales*” aprobada en el año 2000 en el Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento del delincuente por la Comisión de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y la justicia criminal a partir de una iniciativa respaldada por ECOSOC. El documento no recoge una definición de la JR o Reparadora, pero define el proceso reparador como “*todo proceso en el que la víctima, el ofensor y/o otros individuos o miembros de la comunidad afectada por un crimen participan, de forma conjunta y activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, normalmente con la ayuda de un tercero imparcial*”.

TAMARIT SUMALLA subraya entre los contenidos de la Declaración, la afirmación de la validez de los programas de justicia reparadora aplicables en todas las fases del proceso penal, la necesidad de que todas las partes participen voluntariamente, y el valor de determinadas reglas para hacer compatibles los referidos programas con los principios de un proceso justo y de presunción de inocencia. Se reclama una actuación de los poderes legislativos y de los gobiernos con el fin de introducir las medidas necesarias que permitan incorporar programas de JR en las prácticas de la justicia criminal, así como un esfuerzo en investigación y evaluación. Por su parte, la Resolución 2000/14 de 27 de julio del año 2000, que lleva por título “*Los principios básicos sobre la utilización de Programas de JR en materia penal*”¹⁵ eleva una petición al Secretario General para que recabe información y observaciones a los Estados miembros, a las organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y también a las Instituciones de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal para establecer principios comunes en la utilización de programas de JR en materia penal. También cabe destacar la Resolución 56/261 de 31 de enero de 2002 sobre “*Planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia, frente a los retos del siglo XXI*”. El mismo organismo de las Naciones Unidas, a través de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico y Social, reunida en Viena del 13 al 22 de mayo de 2003, recoge iniciativas relativas a la JR provenientes del Consejo de

¹⁵ Resolución 2000/14 (en línea: <http://www.unisdr.org/files/resolutions/N0061037.pdf>).

Europa y también de países procedentes de un entorno jurídico cultural distinto al nuestro¹⁶.

Por otra parte, el Consejo de la UE, a través de la comunicación de 8 de octubre de 2002, apoyándose en normativas y decisiones anteriores -como las conclusiones del punto 30 del Consejo Europeo, celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, por la que los Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos- adoptó la decisión de crear una red europea de puntos de contacto nacionales para la JR¹⁷. Entre las funciones asignadas a esta red destaca la de fomentar la investigación sobre la Justicia Restauradora, promover su conocimiento y su implantación entre los Estados miembros.

GIMÉNEZ SALINAS es otra de las autoras españolas que ha profundizado en la JR y junto a RODRÍGUEZ subrayan cuatro tipos de argumentos a su favor. El jurídico, ya que entiende que la reparación del daño cumple con los fines preventivos de la pena tanto desde la óptica de la prevención general como la especial. El social que la autora vincula a una creciente desigualdad social que puede llevar a que la justicia penal contribuya a la victimización. Con lo cual la JR está en la línea de buscar las fórmulas que sean menos dañinas tanto para la víctima como para el delincuente. El económico porque entiende que la pena de prisión será menos utilizada porque sus costos “*alcanzarán cifras impagables*”. Y, por último, el ético al considerar que la pena privativa de libertad es degradante y que, por dignidad y justicia, deben buscarse otras vías menos lesivas¹⁸.

CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN, entienden que el auge de la JR se debe, sobre todo, a la fuerza de dos de sus objetivos principales: atender mejor los intereses de la víctima y revitalizar el discurso rehabilitador¹⁹. Respecto a su denominación, Justicia Restaurativa

¹⁶ Comisión de Prevención del delito y Justicia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, reunida en Viena del 13 al 22 mayo de 2003. “Utilización y aplicación de las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y Justicia Penal”.

¹⁷ Comunicación de 8 de octubre de 2002 del Consejo de la Unión Europea (LCEur 2002, 2618).

¹⁸ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E. / RODRÍGUEZ, A.C., “El concepto restaurativo como principio en la resolución de conflictos”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (Dir.), SOLETO MUÑOZ, H. / VARONA MARTÍNEZ, G. / PORRES GARCÍA I. (Eds.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 73.

¹⁹ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 35.

o Restauradora o Reparadora, hemos visto que, en muchas ocasiones, se utilizan de forma indistinta, aunque entre los especialistas el término que se está imponiendo con mayor fuerza es el de Justicia Restaurativa.

Desde la JR se nos recuerda que, aunque la forma actual predominante de ver y responder al delito parezca natural e inevitable, no es la única manera en la que nuestra sociedad occidental ha concebido la justicia, y además es una forma bastante ajena respecto a otras culturas. Según JOHNSTONE, nuestros antepasados lejanos no hacían una distinción tan radical entre crimen y otros conflictos como la que hacemos hoy en día. En efecto, muchas veces, a parte de la propia problemática derivada del delito, en su génesis existen uno o varios conflictos subyacentes que, si no son tratados de forma apropiada, permanecen en el tiempo más allá del hecho puntual del delito concreto y del propio castigo. Las situaciones conflictivas enquistadas no suelen solucionarse con un mero castigo. Por tanto, mientras permanezca vivo y latente el conflicto de base, existe una elevada probabilidad de que se reproduzcan actitudes dañinas y las actuaciones tipificadas como delito. En estos casos, si realmente lo que se pretende es evitar nuevos actos delictivos y prevenir la reincidencia de manera efectiva, deberá analizarse y gestionarse adecuadamente ese conflicto de base, generador de los múltiples hechos delictivos. En definitiva, si no se solucionan las causas, los síntomas, en forma de delito, continuarán reproduciéndose cíclicamente.

La JR no propone simplemente aplicar un nuevo programa o una nueva técnica, sino algo mucho más ambicioso y profundo: un cambio fundamental en nuestra manera de enfocar y de responder a los actos delictivos que debería acompañarse de un cambio cultural que incidiese en nuestra actitud ante los conflictos, en general, y en la manera de gestionarlos en particular. Respecto al papel de las partes, la JR les reconoce su protagonismo, no solo en el momento de cometerse el delito, sino también, después en la búsqueda de una respuesta a los problemas que ha generado, relacionando aquellos que han cometido dichos actos y aquellos que los han padecido, implicándoles activamente en la búsqueda en común de esa respuesta. Una de las características propias de los procesos restaurativos

es, precisamente, que se basan en la participación activa de la víctima y del ofensor, a los que puede sumarse la participación de otras personas²⁰.

Bajo los parámetros de la JR, la comunidad debe estar preparada para implicarse, también en la resolución de conflictos entre víctima y ofensor, ofreciendo ayuda y asistencia a las víctimas y controlando, supervisando y apoyando a los infractores en el proceso personal de recuperación de su propia imagen e incidencia ante la sociedad y de su papel como miembros responsables e integrados en ella. En este sentido WACHTEL, concibe las prácticas restaurativas como una ciencia social que estudia precisamente como generar capital social, fortaleciendo la sociedad civil y las decisiones participativas²¹. Controlar y ocuparse del delito, no puede ser una tarea delegada totalmente al Estado, sino que la implicación de los miembros de la comunidad es necesaria para favorecer acciones preventivas y el hallazgo de propuestas constructivas a los conflictos y a los delitos que surjan con la implicación del propio tejido social.

De todas formas, como afirma JOHNSTONE, los defensores de la JR reconocen que, en muchas áreas de la sociedad desarrollada, el sentido de “comunidad” ha devenido muy frágil o incluso ha desaparecido²². Estos expertos consideran que, una gran parte del crimen y de los problemas de desorden contemporáneos, se debe a que nuestro sentido de comunidad, de vinculación social, está muriendo. En este punto coincide DECLERK²³, que ha elaborado una teoría sobre la falta de vínculos entre las personas que estimula la delincuencia. DECLERK hace un juego de palabras asociando delincuencia con falta de vínculos entre las personas (link= vínculo o relación en inglés) de-link (sin vínculo, desvinculado). Según DECLERK, si una persona establece un vínculo adecuado con otra, evitará lastimarla. De la misma manera que si alguien se siente parte activa de una comunidad, será más difícil que cometa actos contra esa comunidad a la que se siente vinculado. Debido al importante protagonismo que se reconoce al papel de la comunidad, se considera que algunos de los elementos de los programas de JR han de ser introducidos,

²⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 13.

²¹ WACHTEL, T., “Definiendo qué es restaurativo”, Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (en línea: www.iirp.edu), 2013, p. 1.

²² JOHNSTONE, G., *Restorative Justice*, cit., pp. 136 ss.

²³ DECLERK, J., Concepto defendido en su tesis doctoral “*Delinquentie en haar context bekeken vanuit een cyclisch model van “integrative-desintegrative”*”, presentada en Lovaina, 25 de marzo de 2005.

gradual y conjuntamente con programas de desarrollo social, asegurando que la sociedad tenga los recursos, las actitudes y la formación requerida para que las iniciativas de JR funcionen adecuadamente²⁴.

QUINTERO OLIVARES entiende que la JR, en teoría, persigue recuperar la armonía en el grupo social, logrando que tanto víctima como agresor puedan reintegrarse en la comunidad, destacando precisamente la importancia de que esta última pueda asumir positivamente ese proceso de acercamiento entre agresor y agredido. Esta vía de aproximación puede convertirse en una oportunidad para cambiar una posible situación o percepción de injusticia que haya sido determinante en la conducta del infractor. Todo ello sin olvidar la necesidad de buscar, consensuadamente, la forma de compensar a la víctima por el daño padecido²⁵.

Según LEMONNE las actividades vinculadas a la JR están en expansión en Europa²⁶. Cada vez más investigadores y prácticos se interesan por este nuevo paradigma. También progresivamente, los gobiernos y las instituciones europeas, como la UE o el Consejo de Europa, están potenciando la introducción de una nueva legislación que impulse la implementación práctica de programas de JR en toda Europa. En otros continentes como en América, la JR tiene ya una larga y reconocida trayectoria, sobre todo en EEUU y Canadá, aunque también en Sudamérica se ha implantado considerablemente en diversos países, con plasmaciones recientes y tan relevantes como el tratado del Acuerdo de paz de Colombia firmado en Cuba el 24 de agosto de 2016 entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Gobierno colombiano. Un acuerdo que contiene actuaciones que públicamente se describen como “encuentros restaurativos” y una aplicación práctica de la JR²⁷, y que sometido a votación popular finalmente no fue aprobado, aunque muchos de sus postulados se están llevando a cabo, de forma efectiva, en la práctica.

²⁴ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice*, cit., p. 14.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, G., en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) / ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal*, cit, p. 399.

²⁶ LEMONNE, A., “Editorial”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Leuven, vol. 5 (1), Abril 2004, p. 1.

²⁷ Texto del acuerdo de paz (en línea: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx).

Precisamente, la potencia de la práctica en este nuevo paradigma queda patente en la distinción, muchas veces poco clara entre el concepto de “prácticas restaurativas” y “JR”. La idea de “prácticas restaurativas” parte de un concepto más amplio, ya que se trata de una intervención basada en los mismos principios de reparación positiva e integradora del daño causado, aplicable en prácticamente todo tipo de conflictos y ámbitos relacionales, incluidos los que se producen a nivel escolar. Según SCHMITZ, las prácticas restaurativas brindan un enfoque y herramientas para gestionar de forma dialogada y participativa los conflictos y problemas de comportamiento, en general, ya que promueven procesos inclusivos y colaborativos de responsabilización, reparación del daño, restablecimiento de relaciones y especialmente el protagonismo de las personas involucradas y su comunidad²⁸. En este sentido, el Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IIRP) considera que la JR es un subgrupo de las prácticas restaurativas²⁹, puesto que se integra dentro de esta filosofía de intervención y prevención de conflictos globalmente considerados.

Así dentro de las Prácticas Restaurativas cabría diferenciar, por una parte, las proactivas en las que se utilizarían diversas metodologías (como los círculos de paz) para abordar distintas temáticas que preocuparían a un conjunto de personas con la finalidad de fortalecer las relaciones sociales, mejorar la convivencia y prevenir los conflictos. Y, por otra parte, las prácticas reactivas que igualmente emplean diferentes métodos como las conferencias o reuniones para buscar fórmulas reparatorias y gestionar las consecuencias de una situación que ya ha producido algún tipo de daño a las personas. Lo cual explica la inclusión de la JR en este segundo grupo.

2. ANTECEDENTES

Situándonos en los antecedentes más remotos, podemos retrotraernos a las tablas del Código de *Ur-Nammu*, hacia el año 2112 a.C., que recogen algunas modalidades de compensación económica. Al parecer la restitución se mantenía en causas civiles y

²⁸ SCHMITZ, J., *Prácticas Restaurativas. Para la prevención y gestión de conflictos en el ámbito educativo*, Progettomondo, La Paz, 2018, p. 13.

²⁹ Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, más información (en línea: <https://www.iirp.edu>).

penales tanto en delitos contra la propiedad como contra las personas, conviviendo con las penas de castigo. También el Código de Hammurabi (1770 a.C.) preveía la compensación para los delitos contra la propiedad y, en casos concretos, incluso, para las ofensas personales como sustitución de la pena de muerte, poniendo de relieve el desarrollo de la idea restitutiva y la importancia de compensar a la víctima. Como destaca VILALTA NICUESA, estas actuaciones estaban orientadas, fundamentalmente, a satisfacer el interés de la víctima porque lo importante era recuperar el equilibrio perdido tanto en términos económicos como en dignidad personal³⁰.

Como señala ZEHR, la JR no es un fenómeno nuevo, sino que se inspira en movimientos anteriores y tradiciones religiosas y culturales ancestrales, destacando las de los pueblos indígenas de EEUU y Nueva Zelanda. Nos recuerda BURNSIDE que también en la Biblia y en el propio Corán descubrimos antecedentes de la filosofía restauradora, así como en antiguas tradiciones africanas (*mood*), tibetanas (*reiki usui*), hawaianas (*Ho'oponopono*) y en diferentes lugares de todo el mundo³¹. Por ello ZEHR comenta que las raíces de la JR son mucho más profundas que las iniciativas de los menonitas norteamericanos de los años 70 del siglo XX, concluyendo que sus orígenes son tan antiguos como la propia historia de la humanidad³².

Los parámetros básicos, respecto al protagonismo de las partes, que guían la JR eran usuales en la gestión del delito en las épocas más primitivas. Pero en el mundo occidental este sistema fue suprimido de forma progresiva, ya que las funciones de controlar el crimen y dispensar justicia penal fueron monopolizadas por un poder central emergente de la sociedad: el Estado. Las antiguas ideas de persuadir al ofensor de arreglar el perjuicio a través de la restitución a la víctima quedaron marginadas. Hacia el siglo XIX, las potencias occidentales impusieron su modelo de Estado castigador a los pueblos colonizados del mundo, suprimiendo sus tradiciones nativas inspiradas en el paradigma reparador.

³⁰ VILALTA NICUESA, E., *Resolución Alternativa de Conflictos y Justicia Restaurativa*, Módulo I Material formativo de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), 2013, p. 13.

³¹ BURNSIDE, J., “*Retribution and restoration in biblical texts*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007, Portland, pp. 132 ss.

³² ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 16.

No obstante, en los años sesenta se inició un ligero cambio en este largo proceso histórico. Pueblos colonizados de Norte América³³, Australia y Nueva Zelanda empezaron a revivir sus tradiciones de justicia nativa. Algunos teóricos occidentales respondieron a este fenómeno, sugiriendo que debía permitirse a los pueblos nativos mantener sus propios sistemas de justicia, basados en las costumbres y valores nativos. Algunos defensores de la JR, fueron más allá, alegando que no solo debían tolerarse esas tradiciones de justicia nativa, sino que debíamos adoptarlas y recrearlas para hacer revivir nuestras propias antiguas concepciones de resolución de conflictos. Desde esta perspectiva, se considera que la dominación y la asumida superioridad de las instituciones legales occidentales nos ha hecho ciegos a otras y, quizás, mejores maneras de prevenir y tratar los conflictos en la comunidad³⁴.

Uno de los sistemas de justicia nativa que más suele tomarse como ejemplo es el “*navajo peacemaking*”. Según sus practicantes, se trata de un proceso virtualmente universal que se puede encontrar en todos los grupos aborígenes y en todas las sociedades premodernas. Como explica NIELSEN, la “*navajo peacemaking*” representa una forma natural y auténtica de justicia que ha sido abandonada por las sociedades occidentales a favor de un sistema más “*artificial y artificioso*” de justicia punitiva³⁵. La “*navajo peacemaking*” es descrita por sus proponentes y practicantes como una forma de JR y opera de la siguiente manera: cuando se da una disputa, la parte perjudicada pedirá al ofensor que arregle las cosas correctamente de nuevo, con lo cual a menudo no solo implica una compensación material, sino un reajuste en la relación entre el ofensor y el perjudicado. El ofensor debe estar de acuerdo en arreglar las cosas. Para alcanzar un acuerdo, la víctima, a menudo, busca la asistencia del *naat'aanii* o “*hacedor de paz*” que es un líder respetado de la comunidad. El *naat'aanii* llama a las partes interesadas -la víctima, el ofensor, sus familias y sus relaciones de clan- para participar en la reunión cuyo objetivo es resolver la disputa entre ellos. Esta reunión tiene lugar lo antes posible. Se inicia con una plegaria para pedir la ayuda sobrenatural, a continuación la víctima tiene la

³³ PÉREZ VAQUERO, C., “La Justicia tribal de los indios Navajos”, en Anecdotes y Curiosidades Jurídicas. Iustopía, (en línea: <http://archivodeinalbis.blogspot.com.es/2014/06/la-justicia-tribal-de-los-indios-navajo.html>).

³⁴ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., pp. 36 y ss.

³⁵ NIELSEN, O.M., “*Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues*”, *The Journal of Legal pluralism and Unofficial Law*, vol 31 (44), 2013, pp. 105 y ss.

oportunidad de exponer lo sucedido y expresar sus sentimientos sobre ello. En segundo lugar, la persona acusada es quien tiene la palabra. El grupo, conducido por el *peacemaker*, busca construir un plan de acción reparador para solucionar el conflicto concreto y se implica en apoyar su efectividad. Esta búsqueda es guiada por los principios trazados, no solo por los precedentes legales (en el sentido occidental) sino por una rica gama de fuentes tradicionales³⁶. El “Navajo *peacemaking*” se entiende como un método de justicia consensual que opera no diciendo a las personas lo que deben hacer usando la coerción, sino facilitando la búsqueda y aceptación de las decisiones que se les ayuda a poner en práctica. Para conseguirlo se utilizan las emociones derivadas del respeto y los fuertes lazos que los unen a su comunidad³⁷. Este método funciona porque los navajos no pueden concebir su vida fuera de sus comunidades. El pensamiento navajo parte de que un individuo es una persona dentro de la comunidad, es imposible funcionar solo³⁸.

Tanto frente a los que pretenden hacer revivir estas viejas tradiciones y aplicarlas en la resolución de conflictos como a los que niegan su viabilidad, JOHNSTONE considera que la JR está probablemente más profundamente impregnada en la vida social de lo que asumen unos y otros, ya que muchos supuestos que podrían ser criminalizados, son ya interpretados y tratados bajo parámetros de JR. La labor entonces no consistiría tanto en tratar de hacer revivir una tradición muerta, sino en reconocer que la tradición subyace en nuestra cultura, que está viva, y en conocer por qué desviamos de esta JR una pequeña pero creciente minoría de casos, y si esta desviación es a veces necesaria o útil³⁹.

A finales de los años sesenta se inicia en Europa el debate teórico sobre cómo afrontar y resolver las consecuencias de un delito contando con las personas directamente envueltas en él, es decir, considerando tanto a la víctima como al ofensor. Como hemos visto, este debate nace a consecuencia de la insatisfacción generada por el funcionamiento y los resultados del sistema de justicia penal tradicional. En este período, diferentes países

³⁶ ZION, J., “*The dynamics of Navajo Peacemaking*”. *International Institute for Restorative Practices* (en línea: <http://www.iirp.edu/eforum-archive/4204-the-dynamics-of-navajo-peacemaking>).

³⁷ MACCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación Círculos y Conferencias” D y S, núm. 35, 2º Semestre de 2013, pp. 9-44.

³⁸ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., pp. 45 ss.

³⁹ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., pp. 46 ss.

Europeos formularon propuestas concretas sobre proyectos innovadores. Esta discusión es anterior a los primeros programas piloto de mediación víctima-ofensor que surgieron en Canadá y Estados Unidos a mediados de los setenta del s. XX. Como antecedente internacional cabe destacar también la mención que introduce la Carta de las Naciones Unidas de 1945. En su artículo 33 establece que las partes de una controversia cuya continuación pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, han de tratar de buscar una solución, en primer lugar, mediante “*la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o a acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección*”.

En el marco de la Conferencia Nacional que tuvo lugar en 1976 en Saint Paul, Minnesota (EEUU) sobre “*las causas de la desafección popular con la Administración de Justicia*” se abordó la necesidad de una reforma en profundidad de la justicia y la oportunidad de adoptar sistemas no judiciales de resolución y procedimientos más rápidos y económicos para la Administración de Justicia. Esta Conferencia tomó su nombre de un documento que había sido presentado por ROSCOE POUND⁴⁰ en el mismo lugar en 1906. Las conclusiones y recomendaciones de la Conferencia quedaron recogidas en: “*The Pound Conference: perspectives on the justice in the future*” documento que inspiró y motivó reformas, y un destacado impulso a la implantación de los Programas de mediación y negociación que se desarrollaron posteriormente en EEUU⁴¹.

En las décadas de los años 70 y 80 del pasado siglo, también distintos autores empezaron a teorizar sobre la bondad de una alternativa a la justicia tradicional, basándose en un nuevo paradigma: la reparación a la víctima. Autores como BARNETT (1977)⁴², NILS

⁴⁰ ROSCOE POUND, N., “*The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*”, en *Annual Convention of the American Bar Association*, St. Paul, Minnesota, agosto 29, 30 y 31, 1906.

⁴¹ WALLACE, C., “*Judicial Reform and The Pound Conference of 1976*” (en línea: https://www.jstor.org/stable/1288218?seq=1#page_scan_tab_contents).

⁴² BARNETT, R., “*Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice*”, *Ethics*, 87 (4), 1977, pp. 279 ss.

CHRISTIE (1977)⁴³, BRAITHWAITE (1989)⁴⁴, ZEHR (1985)⁴⁵ MARSHAL (1995)⁴⁶ entre otros, crearon las bases, dieron cuerpo y sistematizaron un nuevo paradigma de justicia basado en la reparación, al que ZEHR bautizó en 1985 con el nombre de “Justicia Restaurativa” como un nuevo paradigma alternativo a la Justicia Retributiva tradicional. Entiende que el sistema de justicia penal no ofrece una satisfacción concreta a las necesidades de la víctima, ni tampoco consigue desincentivar la comisión de delitos en el autor, ya que no se produce una auténtica asunción de responsabilidades respecto a sus actos⁴⁷. Al mismo tiempo constata que el ideal rehabilitador ha fracasado, al no ofrecer respuesta a las expectativas que había creado y dando lugar a abusos. Por ello, frente al modelo retributivo, ZEHR propone un nuevo modelo de justicia en el cual, el delito se entienda como una violación de las relaciones humanas, de forma que los sentimientos de la víctima y del ofensor sean considerados el núcleo del problema y no meros elementos periféricos. El foco de atención de este nuevo paradigma que propone ZEHR, se centra en el futuro y no en el pasado, y se basa como comentan GUARDIOLA LAGO / TAMARIT SUMALLA, en la idea de “*hacer las cosas bien*”, de restaurar las relaciones sociales⁴⁸ aportando una manera diferente de abordar el hecho delictivo.

Especialmente significativa fue la publicación del ya comentado artículo de CHRISTIE “*Conflicts as property*” de 1977, en el cual relata cómo se gestiona un conflicto civil en un pequeño pueblo de Tanzania, reuniéndose las partes con participación también de los vecinos del pueblo en un ambiente positivo. CHRISTIE compara esta escena con la situación que se daría a la hora de gestionar un conflicto similar en los juzgados occidentales, poniendo como ejemplo, los juzgados de su propio país, Noruega. Analiza lo que supone tratar un conflicto como un delito y no como un conflicto civil. El delito

⁴³ CHRISTIE, N., “*Conflicts as property*”, *The British Journal of Criminology*, vol. núm.17 (1), 1977, pp. 1 ss.

⁴⁴ BRAITHWAITE, J., “*A future Where Punishment is marginalized: Realistic or Utopian?*”, *UCLA Law Review, Univerity of California, School of Law*, vol. 46, 1999, pp. 1727 y ss.

⁴⁵ ZEHR, H., “*Retributive Justice, Restorative Justice*”, *New Perspectives on Crime and Justice*, núm. 4, Akron. MCC, Office of Criminal Justice, Canada Victim Offender Ministries, Canada, 1985, pp. 15 ss.

⁴⁶ MARSHALL, T., “*Restorative Justice: An Overview*” (en línea: fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf).

⁴⁷ ZEHR, H., “*Retributive Justice, Restorative Justice*”, *New Perspectives on Crime and Justice*”, cit., p. 16.

⁴⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J. / TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Justicia restaurativa y los paradigmas alternativos de justicia”, *Materiales UOC*, 2013, pp. 14 ss.

queda reducido a un problema entre el ofensor y el Estado, y además las partes ya no participan directamente en su resolución, sino que son representadas por profesionales y la víctima queda prácticamente fuera de escena. Según CHRISTIE, el elemento clave en el proceso penal es que lo que era un asunto entre las partes concretas pasa a convertirse en un conflicto entre una de las partes y el Estado. En este sentido, CHRISTIE recrimina que los conflictos “*han sido arrebatados a las personas directamente involucradas*”⁴⁹.

TAMARIT SUMALLA⁵⁰ señala que los trabajos de BARNETT y CHRISTIE pueden considerarse como precursores de la JR, ya que, aún sin utilizar dicha expresión, anticipan sus principios inspiradores. En paralelo, fueron apareciendo distintos textos normativos internacionales, que recogían las formas y la filosofía que subyace en la JR y que supusieron un impulso definitivo para su paulatino reconocimiento y su lenta implementación práctica. Cabe destacar entre estos textos: las Reglas Mínimas para la administración de la Justicia Juvenil de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing de 1985), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios básicos para las víctimas del crimen y del abuso de poder de 1985, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 o las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990.

Uno de los antecedentes de mayor repercusión mundial en la doctrina restaurativa fue el conocido como caso “*Elmira*” de Canadá que tuvo lugar en 1974, cuando dos jóvenes destrozaron diversos automóviles bajo el efecto de las drogas en Kitchener, Ontario. Como explica RENDÓN, este caso se considera como uno de los orígenes o precedentes modernos de aplicación práctica de la JR en Canadá⁵¹. ZERNOVA considera que este “*experimento espontáneo*” supuso el primer ejemplo de lo que hoy llamamos reconciliación víctima-ofensor, y condujo al establecimiento del programa de reconciliación entre víctimas y ofensores bajo los auspicios del Comité Central Menonita de Kitchener⁵². Los jóvenes no tenían antecedentes penales y el oficial de libertad

⁴⁹ CHRISTIE, N., *The British Journal of Criminology*, vol. núm.17 (1), 1977, pp. 3 ss.

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 5.

⁵¹ RENDON, J., “Mediación entre víctima y ofensor” (en línea: www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm).

⁵² ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 8.

condicional asignado, un voluntario menonita, consideró que lo más adecuado para el caso, no era un castigo, sino un proceso de reflexión sobre los hechos que llevase a los jóvenes a asumir sus responsabilidades. El oficial hizo una recomendación totalmente novedosa al Juez, afirmando que la oportunidad de que los jóvenes se enfrentasen personalmente a los perjudicados por sus transgresiones podía comportar para ellos algún valor terapéutico o educativo. Inicialmente el Juez desestimó la sugerencia por no poder sustentarse en ninguna base legal, pero al dictar la sentencia ordenó que los jóvenes cumplieran con lo sugerido. Bajo la vigilancia y supervisión del oficial fueron a las casas y negocios de las 22 víctimas, admitieron los delitos cometidos y lograron un acuerdo que consistía en restituir todas las pérdidas ocasionadas a cada uno de los perjudicados. A los tres meses ya habían cumplido lo comprometido y la comunidad experimentó una sensación de participación responsable que el castigo no hubiera podido ofrecer. A partir de esta primera experiencia, en la provincia de Ontario se iniciaron diversos programas en los que se ponía en contacto a la víctima y al ofensor. Fue fundamental el impulso de grupos religiosos que actuaban bajo el lema de la no violencia. En 1975 se dictó una ley a favor de la compensación del autor hacia la víctima que impulsó el desarrollo del sistema en Canadá.

En los Estados Unidos, la idea de promover la reparación directa y voluntaria a la víctima por parte del ofensor empieza a tomar forma en los años sesenta. En 1970 se iniciaron Programas en el Centro de Restitución de Minnesota que fue pionero en practicar la comunicación directa entre víctima y ofensor. El sistema se consolidó a través del Programa PACT (*Prisoner and Community Together*) organizado por la Iglesia Menonita en Indiana, de forma similar a lo realizado en Ontario (Canadá). Según SINGER, a principios de 1993 los centros de resolución de litigios de Estados Unidos informaron que había 16.500 casos que involucraban a 12.931 víctimas y a 14.059 ofensores⁵³.

FROESTAD / SHEARING afirman que *“durante los años 90 muchos países de todo el mundo introdujeron disposiciones legales de soporte a la Justicia Restaurativa y los Programas de Justicia Restaurativa recibieron un mayor reconocimiento por parte del sistema de justicia tradicional. Internacionalmente el movimiento restaurativo empezó a ser*

⁵³ SINGER, R. L., *Resolución de Conflictos*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 168.

ampliamente conocido”⁵⁴. Además, de forma paulatina, se empieza a plantear la posibilidad de buscar respuestas de tipo restaurativo ante situaciones concretas⁵⁵.

Respecto a Europa, la configuración actual de la mediación víctima-ofensor surge en los años ochenta. Desde entonces la mediación víctima-ofensor ha sido objeto de gran interés, no solo en el ámbito de la práctica o en foros académicos, sino también en instancias políticas responsables de definir las líneas básicas de la política criminal. Esto se refleja en el creciente número de programas de mediación que están siendo implementados en todos los niveles del sistema de justicia penal aplicados a diferentes tipos de delitos cometidos tanto por jóvenes como por adultos. Con mayor o menor incidencia y consolidación, existen Programas de Mediación en toda Europa. Algunos de los países de la Europa del Este, como Polonia, República Checa, Eslovenia y Albania han iniciado programas e incluso tienen legislación en este campo, y otros han iniciado programas piloto o han expresado su interés por implementarlos. Se estima que ya en el año 1998 más de 900 proyectos de mediación en el ámbito penal estaban operativos en Europa⁵⁶.

Las instituciones europeas se hicieron pronto eco de la JR a través de numerosos textos normativos: La Recomendación del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en la estructura del procedimiento y de la ley penal de 1985 (R85/11), la Recomendación sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización de 1987 (R 87/21), la Convención Europea sobre la Compensación a las víctimas de Crímenes violentos de 1984 y especialmente destacable la Recomendación R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la mediación en materia penal⁵⁷.

⁵⁴ FROESTAD, J. / SHEARING, C., “*Beyond restorative justice- Zwelethemba a future-focused model using local capacity conflict resolution*”, en MACKAY, R. / BOSNJAK, M. / DEKLERCK, J. / PELIKAN, C. / VAN STOKKOM, B. / Wright M. (Eds.), *Images of Restorative Justice Theory*”, COST, Frankfurt am Main 2007, p. 16.

⁵⁵ Como argumenta ZEHR, en su obra *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, a la pregunta de cómo debe responder la sociedad ante el delito, se hace urgente encontrar respuestas, especialmente para los norteamericanos, a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 2001. Se trata de un tema debatido durante muchos años en todo el mundo debido a que, frente a las fortalezas del sistema penal, se reconocen cada vez más sus limitaciones y defectos.

⁵⁶ AERTSEN, I., “*Restorative Justice Activity in Europe*”, Documento presentado en la conferencia sobre justicia restaurativa en Rusia, Moscú, 22-24 de mayo de 2001, p. 4.

⁵⁷ Consejo de Europa, Mediación en Materia Penal: Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal

Una de las propuestas explícitas de la Comisión Europea en la adopción de su *Communication on Crime Victims in the European Union: reflections on Standards and Action*⁵⁸ es el alegato a favor de una mayor investigación y experiencia práctica en la mediación víctima-ofensor. El Consejo de la Unión Europea adoptó también, en el año 2001, la importante Decisión Marco de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el Proceso Penal (2001/220/JAI). Posteriormente, esta Decisión Marco fue sustituida por 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*⁵⁹. Esta Directiva de 2012, reconoce la actuación de los Servicios de Justicia Restauradora como una actividad generalizada y “normalizada” que ha de ser puesta a disposición de todos los ciudadanos. En el marco de esta voluntad de impulsar la JR a nivel europeo han surgido iniciativas, auspiciadas por la propia Unión Europea para implantar sus principios y consolidar su práctica en los estados miembros. Entre estas iniciativas de la UE, cabe destacar el Programa COST Action 21 (*European Cooperation in the field of Sticienfic and Technical Research*) que se llevó a cabo entre los años 2000 y 2007, y del que finalmente se elaboró un memorándum fruto de la información obtenida acerca del grado de implementación de la JR en los distintos países y de los trabajos de investigación realizados al amparo de dicho Programa⁶⁰.

Debe mencionarse como un hito destacado en Europa, la Declaración fruto de la Conferencia sobre Justicia Restaurativa para Jóvenes “*Potencialidades, riesgos y problemas para la investigación*” que tuvo lugar en Lovaina (Bélgica) el 13 de mayo de 1997. Esta declaración fue emitida por la “*International Network for Research on Restorative Justice for Juvenils*”, y en ella se ponía de manifiesto el interés de un sector

y del procedimiento penal. Recomendación R (99)19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la mediación en materia penal.

⁵⁸ COM (1999) 349 final (en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33091&from=CS>).

⁵⁹ Directiva 2012/29 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (en línea: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>).

⁶⁰ Programa COST ACTION- A 21, “*European Cooperation in the field of Sticienfic and Technical Research COST. Draft Memorandum of Understanding for the implementation of a European Concerted Research*”, *Action designated as COST Action A21, “Restorative Justice Developments in Europe”* Bruselas, 2002” (en línea: <http://cost.cordis.lu>).

destacado del mundo científico por la JR y su potencialidad para ofrecer una respuesta más útil y constructiva al delito. En la misma “*Declaración de Lovaina*” se anima a los líderes políticos a introducir los cambios necesarios en el sistema penal de los distintos países para implantar de forma adecuada este concepto, emitiendo incluso algunas propuestas concretas con esa finalidad.

3. CONCEPTO

Distintos autores como ZERNOVA destacan que introducir el concepto de JR no es una tarea sencilla, ya que sus defensores todavía están debatiendo cómo debe ser concebida y definida⁶¹, y otros como DALY, directamente, entienden que la JR no puede ser objeto de definición⁶². A pesar de reconocer esta dificultad, en este epígrafe se ofrecen diferentes definiciones procedentes de distintos autores e instituciones para facilitar una aproximación al concepto de JR.

Desde las Naciones Unidas se entiende la JR como “*un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países*” que respeta la dignidad y equidad de cada persona y se la define como “*una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la Comunidad de las Víctimas y de los delincuentes*”⁶³. En base a esta misma definición, DOMINGO DE LA FUENTE destaca su dimensión de construir comprensión y promover armonía social mediante la “*sanación*” de la víctima del infractor y de la comunidad⁶⁴.

VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ entienden que fue ALBERT ENGLASH quien utilizó originariamente el término anglosajón *restorative justice*, como fórmula apropiada para superar dos de los mayores errores del sistema penal: negar a la víctima una participación activa dentro del proceso penal y reducir la participación

⁶¹ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 1.

⁶² DALY, K., “*What is Restorative Justice? Fresh answers to a vexed question. Victim and Offenders*”, 2016, p. 9 (en línea: www.researchgate.net/publication/286401012_What_Is_Restorative_Justice_Fresh_Answers_to_a_Vexed_Question).

⁶³ NACIONES UNIDAS, *Handbook on Restorative Justice, Programmes, Office on Drugs and Crime*, United Nations, New York, 2006, p. 6 (en línea: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf).

⁶⁴ DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, Criminología y Justicia, Burgos, 2013, p. 8.

del victimario a un rol meramente pasivo⁶⁵, en este mismo sentido se pronuncia VERA SÁNCHEZ⁶⁶.

ZEHR, valorado por muchos como el padre de la JR, la define como “*un proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible*”⁶⁷. JOHNSTON / VAN NESS entienden la JR como un movimiento social global de enorme diversidad, cuyo “*principal objetivo es transformar la forma en que las sociedades contemporáneas contemplan y responden al delito y a otras formas de comportamiento inadecuado*”⁶⁸. Según BRAITHWAITE, JR significa restaurar a las víctimas, restaurar a los ofensores y a las comunidades. Según este mismo autor, los valores de la JR son curar en vez de herir, facilitar un diálogo respetuoso, promover el desagravio, asumir responsabilidad y arrepentimiento, pedir y conceder perdón en una comunidad protectora y participativa⁶⁹.

ZEHR menciona tres pilares fundamentales que se integran en el concepto de la JR: en primer lugar “*los daños o necesidades*” ya que concibe el crimen, sobre todo, como un daño ocasionado a las personas y a las comunidades, y esta focalización en el daño implica una preocupación fundamental por las necesidades y por el papel de la víctima. En segundo lugar, “*las obligaciones*” del ofensor que se centran en comprender el daño provocado y sus consecuencias en la víctima, así como la asunción de la responsabilidad de enmendar el daño en la medida de lo posible tanto de forma concreta como simbólica. En tercer lugar, ZEHR señala la importancia de “*la participación*” de víctimas, ofensores

⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M, *Introducción a la victimología*, cit., p. 197.

⁶⁶ Señala VERA SÁNCHEZ, J.S., “Justicia restaurativa y proceso penal continental”, *Sociedad chilena de filosofía jurídica y social*, anuario núm. 33, 2017, p. 10, que dicho concepto fue acuñado por primera vez por el psicólogo norteamericano ENGLASH en los años 50 del siglo XX para hacer referencia a un modelo de justicia penal cuya finalidad era la restauración del daño provocado a la víctima en contraste con el modelo tradicional.

⁶⁷ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 45.

⁶⁸ JOHNSTON, G. / VAN NESS, DW., “*The meaning of restorative justice*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W., *Handbook of Restorative Justice*, Willan, 2006, p. 5.

⁶⁹ BRAITHWAITE, J., “Delito vergüenza y reintegración” (trad. DEYM, J.) *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 42 (3), 2000, p. 15.

y miembros de la comunidad en el proceso de toma de decisiones⁷⁰. De hecho, como subrayan VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ a partir de estas aportaciones iniciales, surgió todo un movimiento doctrinal favorable al cambio de paradigma en la aplicación de la justicia basado en modelos restauradores⁷¹.

La JR parte de la consideración del daño que el delito causa a las personas y también los perjuicios y el desequilibrio que produce a la comunidad en general. Como hemos visto en epígrafes anteriores, la JR no pone el acento tanto en castigar como en reparar esos daños y en facilitar que las partes (víctima y victimario), voluntariamente, puedan participar activamente en el proceso de reparación. GIL GIL destaca también que la JR persigue de forma prioritaria la reparación del daño causado a la víctima por el delito más que el castigo del infractor y surge para superar ciertas deficiencias del sistema tradicional de justicia de corte retributivo⁷². Los programas de JR habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros de la comunidad afectada para que se involucren en la búsqueda de una respuesta constructiva al delito. Son palabras clave la responsabilización del infractor y la reparación de la víctima. Es fundamental que el proceso reparador involucre a todas las partes para alcanzar el resultado equilibrador de reparación y pacificación.

AERTSEN / VANFRAECHEN / WILLEMSSENS definen la JR como “*un proceso para responder al delito, basado en la reparación, lo más amplia posible, del daño causado a la víctima por el delito, teniendo en cuenta al ofensor concreto y facilitando la comunicación entre ellos y otras personas que sean relevantes*” Según estos autores, la JR centra su foco de atención en dos puntos básicos: por una parte sobre los casos delictivos, trabajando con víctimas y ofensores, y por otra, en el proceso de comunicación entre las partes⁷³. Se trata de poner en marcha procesos voluntarios diseñados para alcanzar un “*resultado restaurativo*”⁷⁴. Por su parte, CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN utilizan el término de

⁷⁰ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., pp. 28 ss.

⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M, *Introducción a la victimología*, cit., p. 197.

⁷² GIL GIL, A., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.) *Estudios de Derecho Penal*, cit., p. 330.

⁷³ AERTSEN, I. / VANFRAECHEM, I. / WILLEMSSENS, J., “*Restorative justice in Europe: introducing a research endeavor*”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, p. 4.

⁷⁴ NACIONES UNIDAS, *Restorative Justice Handbook*, cit., p. 7.

justicia restauradora y la definen como una respuesta al delito basada en que el infractor repare el daño producido a la víctima⁷⁵. Como remarcan FROESTAD / SHEARING en la JR, el pasado deviene menos importante, ya que el foco se pone en las acciones útiles para conseguir un mejor futuro. Reparar el pasado es la única forma apropiada de avanzar hacia el futuro. Se trata de gestionar los riesgos como una vía para reducir las pérdidas y aumentar los beneficios (en términos personales y sociales)⁷⁶.

Otra definición, ampliamente aceptada de JR, es aquella que la entiende como el tipo de justicia en la que las partes de un delito, con implicación de la comunidad, resuelven conjuntamente cómo tratar de forma constructiva las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. Como afirma ZEHR, la JR conlleva una serie de principios, una filosofía propia... *“En último término proporciona un esquema de pensamiento alternativo para abordar el delito”*⁷⁷. LARRAURI PIJOAN define la justicia reparadora como *“aquella que compensa en vez de castigar, reintegra en vez de excluir y media en vez de imponer”*⁷⁸.

TAMARIT SUMALLA parte de las diversas definiciones para señalar las características que considera como fundamentales de los procesos restaurativos. Así entiende que el proceso se basa en la implicación activa de la víctima y del ofensor, aunque pueden intervenir también otras personas. No es imprescindible un encuentro físico, puede realizarse también de forma indirecta, a través del mediador. Es un proceso que se basa en el diálogo que los protagonistas llevan a cabo, de forma libre y espontánea, pudiendo expresar sus emociones y vivencias sobre el hecho en un entorno respetuoso y sin formalidades. El diálogo se construye con la asistencia de un facilitador profesional preparado para llevar a cabo su función. La expectativa se focaliza en que el proceso restaurativo sea útil para facilitar una solución a las consecuencias posteriores del conflicto, y que esa solución sea asumida por todas las partes. Estos procesos restaurativos se han materializado en la práctica a través de diversas fórmulas, entre las cuales la mediación es la más conocida y

⁷⁵ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *La delincuencia*, cit., p. 34.

⁷⁶ FROESTAD, J. / SHEARING, C., *Images of Restorative*, cit., p. 18.

⁷⁷ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 7.

⁷⁸ LARRAURI PIJOAN, E., *La Reparación*, cit., p. 186.

utilizada en nuestro entorno⁷⁹, aunque están empezando a emplearse otros métodos dentro de la misma JR⁸⁰.

El mismo TAMARIT SUMALLA identifica otras consideraciones importantes que contribuyen a clarificar la filosofía de intervención y los fundamentos de la JR partiendo de que el delito, en la línea de ZEHR⁸¹, es sobre todo una ruptura de las relaciones humanas, antes que una mera infracción de la Ley, y supone una lesión o perjuicio de los bienes de las personas y de la paz social. Se entiende el hecho delictivo como creador de una situación en la que se dan riesgos, pero en la que pueden surgir también oportunidades para rectificar el estado de las cosas que había podido propiciar el delito y reparar sus consecuencias. Por ello, una intervención reparadora debe priorizar la atención a la víctima primaria y seguidamente a las secundarias, ofreciendo, a la vez, al ofensor la oportunidad de mejorar su papel y reparar su propio rol respecto a la comunidad. La respuesta reparadora parte del principio de una mínima coerción, potenciando en cambio la cooperación y el restablecimiento de relaciones interpersonales. Se trata de favorecer y potenciar la asunción personal de responsabilidades, debiendo asegurarse la total voluntariedad respecto a la participación de las personas interesadas. En este sentido, y como señala ORTUÑO MUÑOZ, la participación ha de ser siempre voluntaria y toda persona ha de sentirse totalmente libre de intervenir o no en una mediación o en otro proceso restaurativo. La Ley ampara, como derecho fundamental, el de denunciar los hechos delictivos y solicitar su investigación y esclarecimiento para determinar la responsabilidad civil y penal de los culpables⁸². Respecto al acuerdo reparador de un proceso terminado con éxito es fundamental que contenga compromisos asumibles, razonables, realistas, proporcionales y respetuosos con la dignidad humana. Como desiderátum de futuro TAMARIT SUMALLA señala que sería necesario crear estructuras de seguimiento y responsabilización que surgiesen, en lo posible, de la propia comunidad⁸³.

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 13.

⁸⁰ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., pp. 7 ss.

⁸¹ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 49.

⁸² ORTUÑO MUÑOZ, P., *Justicia sin jueces*, cit., pp. 162 s.

⁸³ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 16.

El papel destacado de la comunidad en el concepto de JR se subraya también por diversos autores. Por ejemplo, PATIÑO MARIACA / RUIZ GUTIÉRREZ reafirman su “*marcado carácter comunitarista fundado en los lazos de amistad y fraternidad*”, entendiendo que se constituye en garante del comportamiento futuro del ofensor respecto a la no reincidencia y en el reconocimiento de los derechos de la víctima. Según estos autores, la restauración de los lazos comunitarios moldea la singularidad, la estructura y la función de la JR, garantizando los derechos subjetivos de los individuos y la vida comunitaria en su conjunto⁸⁴.

VILLACAMPA ESTIARTE diferencia tres concepciones distintas de JR en base a tres enfoques diferentes: en primer lugar, la denominada “*concepción de encuentro*”, o *encounter conception*, según la cual, las víctimas, los victimarios y otros afectados en lugar de tener un papel pasivo, dejando que los profesionales se enfrenten al problema y resuelvan la situación, se crea un ambiente favorable en el que se encuentran cara a cara, adoptando una conducta activa en la discusión y en la toma de decisiones. Una segunda, “*la concepción reparativa*”, que se centra en la idea de reparación a la víctima y entiende que la actuación de la justicia debería ir más allá de la causación de sufrimiento al victimario y contemplar un concepto más amplio que el de la justicia retributiva tradicional, poniendo mayor énfasis en la reparación del daño causado. Finalmente, “*el concepto transformativo*”, que como señala esta autora, es el más ambicioso, ya que, además de la reparación, persigue la modificación de nuestras vidas, preconizando un estilo acorde con la JR en el que todos nos sintamos conectados e identificados con las demás personas⁸⁵.

ZEHR entiende que todos los modelos de JR están muy vinculados a la cultura en la que surgen, por ello proclama que la JR debería construirse de abajo hacia arriba y que sus principios son como una brújula para saber hacia donde dirigirnos, invitándonos a avanzar hacia el diálogo y hacia la exploración⁸⁶. El mismo ZEHR, considerado como uno de los máximos impulsores de la JR, admite que no es la panacea ni sustituye necesariamente el

⁸⁴ PATIÑO MARIACA, D.M. / RUIZ GUTIÉRREZ, A.M., “La justicia restaurativa: un modelo comunitario de resolución de conflictos”, RFDYCCPP, vol 45, núm. 22, enero- junio, Medellín, 2015, p. 220.

⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., RP, núm. 30, 2012, p. 178.

⁸⁶ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 15.

sistema legal, ya que no es la respuesta para todas las situaciones y necesita el respaldo y el complemento del sistema legal. Partiendo de la dimensión social del crimen, ZEHER destaca que la JR “busca aportar una visión más equilibrada a nuestra experiencia de justicia”⁸⁷. En este sentido, autores como la criminóloga DALY prefieren definir la JR de forma más cercana a “un mecanismo de justicia”, aunque también señala que la diversidad y popularidad de la JR hacen que, como concepto, se haya convertido en demasiado amplio e impreciso⁸⁸.

Precisamente en el seno del European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice (EFVOMRJ)⁸⁹ ha sido frecuente objeto de debate la posible ampliación del marco conceptual de la JR. Como explicó WHACHTEL en la Asamblea General de socios del EFRJ que, precedió a la Conferencia de Leiden organizada por el EFRJ en 2016, TIM CHAPMAN, entonces miembro y posteriormente presidente del Consejo, presentó un documento en el que justificaba “la ampliación del alcance de la justicia restaurativa, incluyendo no solo justicia, sino además seguridad, educar en construcción de paz, desarrollo social, soporte a las familias, derechos y bienestar de los niños y vida de las organizaciones”⁹⁰.

WHACHTEL, socio fundador y expresidente del Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IIRP), distingue entre “Justicia Restaurativa” y “Prácticas Restaurativas”. Este Instituto, como vimos anteriormente, entiende la JR como un subgrupo del concepto más amplio de “Prácticas Restaurativas” que actúa de forma reactiva ofreciendo respuestas formales e informales ante el delito u otros actos indebidos ya cometidos. La definición de “Prácticas Restaurativas” según el IIRP incluye también el uso de procesos formales e informales previos al acto indebido que forjan relaciones de forma proactiva y refuerzan el sentido de pertenencia a la comunidad para evitar el delito y las conductas indebidas. Cuando esta red de relaciones que crea capital social (conexiones entre los

⁸⁷ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., pp. 16-17.

⁸⁸ DALY, K., “What is Restorative Justice? Fresh answers to a vexed question”, *Victim and Offenders*, vol. núm. 11, 2016, p. 22 (en línea: <https://doi.org/10.1080/15564886.2015.1107797>).

⁸⁹ Foro europeo para la Mediación y la Justicia Restaurativa, *European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice* (en línea: <http://www.euforumrj.org/>).

⁹⁰ WACHTEL, T., “Governance and the use of authority: encompassing diverse definition of Restorative” *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. 17 (3), Leuven, 2016, pp. 3 ss.

individuos) está bien establecida, según el IIRP, es más fácil responder de forma efectiva a los actos indebidos y restaurar el orden social. Las prácticas restaurativas, por tanto, tienen también una función preventiva o de “*prevención primaria*” que se introduce antes de que el problema ocurra.

En definitiva, desde el IIRP se identifican dos enfoques dentro de las prácticas restaurativas: uno, el proactivo que trabaja para forjar relaciones y reforzar el sentido de comunidad, con una destacada vocación preventiva. Y otro reactivo, basado en reparar el perjuicio ya producido y restaurar las relaciones ya dañadas. En este segundo enfoque se utilizan mayoritariamente las prácticas restaurativas consideradas formales (mediación, conferencias, círculos, etc). Se entiende que los servicios que solo utilizan el enfoque reactivo, sin construir capital social previamente, son menos exitosos que los que utilizan también el enfoque proactivo de mayor calado preventivo, ya que actúan de forma previa a la producción del daño⁹¹. Por todo ello, autores como DOMINGO DE LA FUENTE destacan que lo más importante de la JR no es tanto ofrecer un proceso específico concreto, sino el conjunto de valores y principios rectores que la inspiran y que brindan un marco para identificar y abordar los daños y las obligaciones⁹². Y que, tal y como hemos visto, permiten actuar también de forma preventiva a través de las prácticas restaurativas que refuerzan los lazos de buena convivencia entre las personas.

En sintonía con lo expuesto por GIL GIL, no concibo la la JR como un sistema alternativo ni al margen de la Justicia penal tradicional, sino como un complemento que permite incorporar nuevos elementos que lo humanicen y favorezcan el cumplimiento de sus propios fines. La JR puede, además, fundamentar una disminución o incluso una exclusión de la respuesta penal, si con la actuación restaurativa se logran alcanzar los fines asignados a la pena⁹³. En esta línea colaborativa, BARONA VILAR alude al potencial de progresiva introducción de la JR en los diferentes países y sistemas jurídicos, afianzándose entre sus funciones a través de múltiples elementos que han encontrado su

⁹¹ WATCHEL, T., “Definiendo que es restaurativo”, Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, IIRP Graduate school, 2013, pp. 1, 2 y 4 (en línea: <http://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>).

⁹² DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia Restaurativa*, cit., p. 25.

⁹³ GIL GIL, A., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.) *Estudios de Derecho Penal* cit., p. 330.

lugar en el sistema penal y que son ya incuestionables. Esta autora entiende que la presencia de elementos claves de la JR hacen pensar en un modelo penal y procesal diferente en el que conviven, además de la JR, la prevención y la resocialización. Considera igualmente que este movimiento restaurativo, potenciado inicialmente desde corrientes feministas, humanistas y de defensa de la reparación a las víctimas, favoreció la introducción en sede penal de conceptos que hasta ese momento no habían sido tomados en consideración como la escucha y el reconocimiento del otro, la paz, el diálogo, la reflexión, la responsabilización, etc.⁹⁴

Para concluir, y siguiendo la comparativa que establece ZEHER, el interés principal de los sistemas de justicia penal se focaliza en el ofensor y en el castigo, tratando de garantizar que los ofensores reciban el castigo que merecen. En cambio, la JR se ocupa, en especial, de cómo satisfacer las necesidades de las víctimas, de los ofensores y de las comunidades y, por tanto, su objetivo está más centrado en las necesidades de todos los protagonistas del hecho penal que en los castigos que puedan imponerse⁹⁵.

4. MÉTODOS

4.1. Introducción

El término “*Justicia Restaurativa, reparadora o restauradora*” incluye un conjunto de métodos diferentes que ponen en práctica y en acción la Justicia Restaurativa⁹⁶ y sus principios. Estos métodos tienen en común las mencionadas características de implicar a los propios protagonistas del delito y a la comunidad afectada, en la búsqueda de soluciones reparadoras o respuestas positivas a sus necesidades y a las consecuencias derivadas del hecho delictivo. Por otra parte, como señalan VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ estos métodos parten de un concepto de reparación integral a la víctima, que no se limita a la mera reparación económica, sino que, en ellos la reparación moral del daño causado por el delito adquiere una especial

⁹⁴ BARONA VILAR, S., “Encuentros restaurativos, tránsito de la guerra a la paz: ¿instrumento paliativo o reconstructivo?”, *Estudios de Derecho*, núm. 165, 2018, p. 32.

⁹⁵ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 24.

⁹⁶ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 7.

significación⁹⁷. Las soluciones pasan, particularmente, por hacer posible una reparación de los daños causados a la víctima y por motivar un proceso de reflexión, responsabilización y transformación personal⁹⁸ en el ofensor que haga menos probable su reincidencia, apoyándole en su esfuerzo de reinserción real.

Los métodos o sistemas que pueden considerarse integrantes de la JR son diversos: mediación, conferencia de familia, círculos de paz, círculos de sentencia, etc. Actualmente en Europa, la mediación es el sistema de JR más utilizado y de mayor trayectoria. Esta conclusión viene avalada por su extendido reconocimiento en numerosos textos jurídicos, por su amplia aplicación práctica en toda Europa y por numerosas investigaciones y estudios entre los que cabe mencionar la investigación realizada ya en el año 2005 por DOBRINKA CHANKOVA⁹⁹ en la que facilitaba datos interesantes sobre la utilización de la mediación y otros métodos de JR en Europa. Según este estudio, el modelo más extendido, después de la mediación, es la Conferencia del Grupo de Familia (*Family Group Conferencing*) que, en el momento de realizar el estudio se aplicaba ya en 7 jurisdicciones: Bélgica, Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda, Albania, Finlandia e Israel. Según este mismo estudio, la mayor diversidad de métodos la podemos encontrar en el Reino Unido, ya que ofrece la Conferencia del Grupo de Familia (*Family Group Conferencing*), la Conferencia de la Comunidad (*Community Conferencing*), la Amonestación Restaurativa (*Restorative Cautioning*), los Círculos posteriores a la recuperación de la libertad tras cumplir la pena de cárcel (*Circles*), y los encuentros restaurativos con jóvenes y con adultos, respectivamente, en prisión¹⁰⁰.

En Irlanda del Norte se aplica, además de la mediación, la “Conferencia restaurativa” y la “Amonestación restaurativa”. En Escocia, al margen de la mediación, encontramos los “Grupos de Conferencia de Familia”, la “Amonestación Restaurativa” y los encuentros restaurativos en prisión. En Irlanda se aplican los Grupos de Conferencia de Familia, los

⁹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M, *Introducción a la victimología*, cit., pp. 196 s.

⁹⁸ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 23.

⁹⁹ CHANKOVA, D., Investigación realizada dentro del grupo de trabajo “*Policy oriented Research*” del Programa de Investigación de la Unión Europea sobre Justicia Restaurativa, COST A-21, trabajo presentado en Liubliana (Eslovenia), febrero, 2005.

¹⁰⁰ CHANKOVA utiliza el término “jurisdicciones”, ya que en algunos casos se recoge una diversidad de sistemas jurídicos situados dentro del mismo país, por ello no identifica jurisdicciones con estados o países.

“Círculos de Sentencia” la “Conferencia Restaurativa” y la “Amonestación Restaurativa”. En Albania, encontramos los “Grupos de Conferencia de Familia” y la “Conferencia de Comunidad”. En Finlandia la “Conferencia de Comunidad” y los “Grupos de Conferencia de Familia”. Además de la mediación, en Noruega se utiliza la “Conferencia de Comunidad”. En Suiza existe una respuesta de acercamiento restaurativo a la discriminación racial. El estudio también incluye Israel, donde pueden encontrarse “Grupos de Conferencia de Familia”¹⁰¹.

Respecto a España, si bien el conocimiento y la aplicación de la mediación en el ámbito penal todavía no está generalizado, no puede decirse que sea desconocida, especialmente en el ámbito de menores. En cambio, otros métodos de JR como la “Conferencia de Familia” o los “Círculos de Sentencia” cuentan con escasas referencias y falta de datos contrastados de aplicación formal en el ámbito propio del Derecho penal de adultos. En los epígrafes siguientes se recoge una breve descripción de las características básicas de los métodos más destacados de JR.

4.2. Mediación entre víctima e infractor

En este momento, es el método de JR con mayor grado de consolidación y desarrollo, tanto teórico como práctico, y de aplicación más extendida en todo el mundo¹⁰². GORDILLO SANTANA la define como un sistema de gestión de conflictos en que un mediador, actuando de forma imparcial y neutral, con conocimientos y habilidades específicas, ayuda a las partes implicadas en una infracción penal (víctimas e infractores) a comprender el origen, causas y consecuencias del conflicto y a facilitar acuerdos sobre el modo de reparación tanto material como simbólica¹⁰³. Se reconoce también a la mediación por sus siglas en inglés VOM (*Victim Offender Mediation*) como diálogo entre víctima y ofensor¹⁰⁴.

¹⁰¹ CHANKOVA, D., Estudio “*Policy oriented Research*”, cit., pp. 5 ss.

¹⁰² ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., pp. 8 ss.

¹⁰³ GORDILLO SANTANA, L., *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, Iustel, 2007, pp. 182 ss.

¹⁰⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, cit., p. 201.

Según ZERNOVA, la reconciliación entre la víctima y el ofensor de los programas de mediación se basa en que *después del delito, la víctima y el ofensor comparten un mismo interés por corregir lo malo*¹⁰⁵. Se trata de un proceso que provee la oportunidad de poner en contacto a la víctima y al infractor con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador, para tratar las circunstancias del hecho acaecido y participar en la configuración de sus posibles consecuencias. En todo caso es imprescindible la libre voluntad de ambas partes de participar en la mediación. Este contacto puede ser tanto indirecto, sin llegar a coincidir en el mismo espacio, como directo a través de una reunión en un escenario seguro y estructurado. En el encuentro, cada parte tiene la oportunidad de compartir su particular perspectiva y vivencia de los hechos, abriendo un diálogo con la asistencia de un mediador preparado que facilita la comunicación entre ellos¹⁰⁶.

La mediación puede aplicarse de distintas formas, generalmente la mediación se lleva a cabo a través de un encuentro directo entre víctima y victimario con la facilitación de la persona mediadora, aunque en algunas ocasiones puede llevarse a cabo también una mediación de forma indirecta (*shuttle mediation*) cuando no se produce el encuentro directo, sino que la persona mediadora transmite la información entre víctima y victimario evitando el encuentro directo¹⁰⁷. La mediación indirecta puede ser especialmente indicada en situaciones de dificultad para el encuentro, ya sea por motivos de distancia física, por partir de desigualdad entre las partes, porque así lo solicitan éstas o en casos de violencia de género en que no esté prohibida la comunicación entre ellas, pero sí el encuentro físico. En la mediación indirecta la utilización de las metodologías de la información y la comunicación para propiciar los encuentros on-line tienen una especial y creciente trascendencia, denominándose ODR por sus siglas en inglés (*On line Dispute Resolution*). Tanto en los encuentros directos como indirectos las partes pueden participar en la mediación acompañadas de sus respectivas personas de apoyo.

¹⁰⁵ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 8.

¹⁰⁶ Muchos autores remarcan la importancia de su vertiente dialógica. En esta línea, BARONA VILAR, S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal”, Foro de opinión, RPJ, núm. 94, 2012, p. 24, considera que se “*trata de un medio de gestión de conflictos que fomenta el diálogo y la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo y que favorece la minimización de la violencia estatal*”.

¹⁰⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, cit., pp. 201 s.

Estos diferentes formatos bajo los que puede actuar la mediación reflejan la flexibilidad de esta figura. Flexibilidad que le permite adaptarse a distintas situaciones y facilitar la obtención de una respuesta personalizada adecuada para cada caso. En este sentido, ROSALES ÁLAMO / GARCÍA VILLALUENGA opinan que no se trata de “una disciplina cerrada” que parta de metodologías y procedimientos establecidos de forma rígida, sino que “estamos en el inicio del desarrollo de una disciplina compleja”. Lo que no significa tampoco que “todo valga” sino que estos autores consideran imprescindible que la mediación, sin perder su capacidad adaptativa, se fundamente sobre conocimientos reconocidos por el ámbito científico al que pertenecen las disciplinas que integran su base formativa¹⁰⁸.

La mediación entre víctima e infractor incluye, entre otros, varios objetivos fundamentales de los que daré cuenta en las próximas páginas. En primer lugar, trata de permitir a la víctima, sobre la base de la propia voluntad, ejercer su protagonismo no solo en la vivencia de los hechos, sino también en la gestión de las consecuencias y de sus efectos. Es decir, la víctima participa en la decisión sobre la magnitud y el tipo de reparación que mejor satisface sus intereses y necesidades. Es evidente que nadie mejor que ella para ser escuchada sobre la forma de reparación óptima que compense el desequilibrio provocado por el delito, siempre que esté plenamente capacitada para ello. Por eso las personas menores que han sido víctimas de un delito participan en la mediación asistidas por sus padres o tutores que complementan su capacidad. Como recuerda ZEHR, frecuentemente en los procesos judiciales, las víctimas se sienten ignoradas, abandonadas e incluso a veces atropelladas por los procesos judiciales¹⁰⁹. En cambio, en la JR en general y en la mediación en particular, prima su protagonismo y un especial interés por satisfacer las necesidades de las víctimas que no son adecuadamente atendidas por el sistema penal¹¹⁰.

¹⁰⁸ ROSALES ÁLAMO, M. / GARCÍA VILLALUENGA, L. (Coords), *Las competencias para la formación de la persona mediadora*, CUEMYC, Santiago de Compostela, 2020, p. 31.

¹⁰⁹ Artículo de I. RIOJA ANDUEZA, “¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación?”, publicado en el periódico *El Mundo*, 5 de marzo de 2016. Sobre la conveniencia de realizar determinadas preguntas a las víctimas, por parte del propio Juez (en línea: <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/03/05/56daaed7268e3e754f8b45cb.html>).

¹¹⁰ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 19.

En segundo lugar, la mediación ofrece a la víctima la oportunidad de exponer, en un entorno seguro, su propia experiencia de lo ocurrido, su afectación por el daño padecido y las secuelas posteriores derivadas del acto delictivo. El mero hecho de poder expresar abiertamente su dolor y ser escuchada por la persona que lo causó, desde un punto de vista psicológico, puede ser muy positivo para reforzar la superación de los efectos del delito. En este sentido, DEKLERCK remarca que una mediación apropiada puede facilitar que la víctima no se sienta ya más predeterminada o condicionada por los hechos, sino que puede recuperar la propia historia de su vida, con una perspectiva abierta y libre hacia el futuro, recuperando la libertad de vivir otra vez sin miedo o sin la incerteza constante de volver a ser víctima de nuevos actos delictivos, superando los temores que suelen ser consecuencia de las experiencias traumáticas¹¹¹. ZEHR recuerda que tener la oportunidad de relatar lo sucedido y narrar los hechos, aunque sea repetidas veces, incide positivamente en el proceso de recuperación de la víctima, lo cual tiene su base en razones terapéuticas. Es como re-escribir la historia en un espacio significativo para ella, sobre todo si el relato obtiene un reconocimiento público¹¹². En muchas ocasiones también es importante para la víctima tener la posibilidad de narrar su vivencia a la persona que le causó el daño, sentirse escuchada y transmitirle la huella que la acción dejó en su vida. Este valor añadido para la víctima contrasta con la ineficacia del sistema judicial de reparación a través de las indemnizaciones que contienen las sentencias de condena, según se ha comprobado en la investigación realizada por SOLETO MUÑOZ¹¹³.

En tercer lugar, en lo que se refiere a los objetivos de la mediación respecto al infractor, lo sitúa frente al impacto real -no meramente jurídico- producido por el delito, propiciando la asunción de su responsabilidad sobre el daño resultante. Como afirma DEKLERCK, “*un encuentro con el sufrimiento infligido a la víctima confronta al ofensor con los límites éticos de sus actos. Sentimiento y remordimientos, vinculados al proceso de mediación, entre víctima y ofensor y su entorno, significan un poder ético para el ofensor y para la víctima que les hace posible empezar de nuevo*”¹¹⁴. La mediación puede

¹¹¹ DEKLERCK, J., *Images of Restorative Justice Theory*, cit., pp. 202 s.

¹¹² ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 20.

¹¹³ SOLETO MUÑOZ, H., “Justicia Restaurativa para la mejor reparación a la víctima”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dir.) *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 493.

¹¹⁴ DEKLERCK, J., *Images of Restorative Justice*, cit., pp. 202 s.

motivar en el victimario una reflexión, con perspectiva de futuro, sobre los efectos y las consecuencias que su propio comportamiento puede causar, tanto sobre las otras personas, como sobre sí mismo, respecto a sus expectativas vitales de presente y futuro laboral, profesional, familiar y social. Sería lo que ZEHR denomina “*responsabilidad activa del ofensor*” frente al modelo tradicional penal confrontacional que hace que los ofensores se ocupen solo de defender sus propios intereses ante la acusación, lo que no motiva precisamente la asunción de responsabilidades por sus propias acciones¹¹⁵.

Se diría que el proceso penal tiende a desmotivar la responsabilidad y la empatía hacia las víctimas por parte de los ofensores, poniendo en último plano el daño causado y encerrándose en su propia defensa ante el proceso penal. Por el contrario, esta responsabilidad activa que comporta la mediación y los demás métodos de JR requiere una apertura de miras hacia la víctima, su reconocimiento como tal y el reconocimiento del daño causado, motivación para comprender el impacto que su actuación ha provocado en ella y la voluntad de avanzar de forma concreta para reparar el daño en la medida de lo posible.

La mediación reconoce el papel de parte ofendida que ha de ser objeto de reparación y el daño padecido por la víctima en el marco jurídico que cataloga ese daño como consecuencia de una actuación tipificada como delito por el propio ordenamiento penal. Pero la mediación, supone también, una oportunidad para el infractor para que, si la víctima se manifiesta de acuerdo, puedan ambos iniciar un diálogo con finalidad reparadora. En ese sentido, ambos adquieren un mismo protagonismo para la mediación, aunque parten de una situación de desequilibrio producido por el delito, que es humana y jurídicamente diferente, ya que la misma mediación es un instrumento enfocado hacia la reparación consensuada de la víctima, con lo cual, implícitamente se reconoce esa diferente posición o rol que juega cada parte en la mediación.

En cuarto lugar, la mediación potencia y reconoce el papel que juega la propia comunidad a la que pertenecen tanto víctima como infractor. SEGOVIA BERNABÉ afirma en este sentido que el delito supone “*la quiebra de la vida comunitaria y del respeto común que es su fundamento*”. Por ello la propia comunidad tiene también un gran interés en

¹¹⁵ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 22.

promover la reparación del daño y la reinserción efectiva del victimario¹¹⁶. Como señala ZEHR, los miembros de la comunidad también tienen necesidades surgidas a raíz del delito, ya que sufren el impacto del hecho delictivo¹¹⁷. La comunidad se ve indirectamente afectada por el delito cometido contra uno de sus miembros, tanto por el daño concreto que ha padecido esa persona como por el sentido de peligro de que se reproduzcan futuras acciones delictivas contra otras personas. Si el infractor repara, muestra una voluntad efectiva de superación sincera de la conducta delictiva. La comunidad aprecia el restablecimiento del equilibrio roto por la comisión del delito, recupera la tranquilidad al disminuir la posibilidad de que reincida y establece la primera premisa para recuperar la confianza en uno de sus miembros. El victimario al reparar las consecuencias de su acto delictivo mejora también su valor como miembro integrado en la convivencia normalizada de su comunidad. Por otra parte, en algunas ocasiones, puede participar en el proceso de mediación alguna persona que, por su cargo o su función pública, actúe en la mediación representando al conjunto de la sociedad o comunidad afectada (pueden ser un ejemplo de este tipo los delitos contra el medio ambiente u otros con víctima difusa).

Frente a la preocupación de algunos sectores, debe aclararse que, como señala CERVELLÓ DONDERIS, la mediación no supone un riesgo de privatización, debido a las diferencias entre la responsabilidad civil y la mediación¹¹⁸. La responsabilidad civil solo atiende a los intereses reparatorios de la víctima y la mediación a los intereses de la víctima, de la sociedad, de potenciales víctimas futuras e incluso a las necesidades del propio ofensor¹¹⁹. La responsabilidad civil es impuesta por el Juez y la mediación es acordada entre las partes. Además, la responsabilidad civil valora el daño efectiva y materialmente reparado y la mediación valora también el esfuerzo realizado con tal finalidad. Finalmente, como destaca CERVELLÓ DONDERIS, es el Juez quien valora y traslada la eficacia del acuerdo a la sentencia.

¹¹⁶ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “Actitudes para facilitar encuentros restaurativos con las personas que pertenecieron a ETA”, p. 17 (en línea: <http://www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/11/Actitudes-y-encuentro-restaurativo-ETA-Josito.pdf>).

¹¹⁷ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 23.

¹¹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., “La mediación penal”, en ORTEGA GIMENEZ, A. / COBAS COBIELLA, M.E. / BARONA VILAR, S. (Coords.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, pp. 290-291.

¹¹⁹ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 22.

Para concluir, siguiendo a AERTSEN / VANFRAECHEM / WILLEMSSENS, el interés que ha despertado la mediación en toda Europa se refleja en el creciente número de programas de mediación y de *conferencing* que se han implementado a todos los niveles de los sistemas de justicia penal nacionales, tanto en jóvenes como en adultos¹²⁰. Según estos mismos autores se estima que ya a finales de los años 90, existían más de 900 programas de mediación en Europa, reafirmando la mediación como el método de JR predominante. Las investigaciones realizadas en España¹²¹ y en otros países europeos, en base a tales programas, ponen de manifiesto una mayor satisfacción en la gestión de las consecuencias del delito, tanto entre las víctimas como entre los infractores participes en la mediación. Comparado con quienes siguieron un proceso judicial tradicional, se detecta una más rápida superación de las secuelas padecidas por las víctimas, una mayor probabilidad de que el infractor cumpla con el compromiso voluntariamente asumido de reparación y una menor probabilidad de reincidencia¹²². Como subraya BONAFÉ-SCHMITT, la mediación no es una simple alternativa a la justicia, sino un fenómeno más profundo que pone de manifiesto una recomposición de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil en materia de gestión de conflictos y que refleja una evolución de nuestra sociedad hacia una mayor complejidad. La mediación supone una forma híbrida, un nuevo espacio intermediario entre las formas judiciales y no judiciales de gestión de conflictos¹²³.

4.3. Conferencia de familia (*Family Group Conferencing*)

La Conferencia de familia es considerada como una de las formas provenientes de justicia aborigen más ampliamente adoptada en la actualidad. Según ZERNOVA hasta 1990 existían solo experiencias aisladas¹²⁴. Adquirió una mayor implantación al ser introducida por Ley en el año 1989 en Nueva Zelanda como un nuevo foro para tratar los delitos

¹²⁰ AERTSEN, I. / VANFRAECHEM, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., pp. 1-2.

¹²¹ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY (Coords.) / DAPENA, MÉNDEZ J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., “El programa de Mediación en la Jurisdicción Penal Ordinaria: un estudio sobre tres años y medio de experiencia”, *Invesbrenu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 2 y ss., CEJFE, Barcelona, 2003.

¹²² MARTÍN BARBERÁN J. / CANO LÓPEZ, F. (Coord.) / DAPENA MÉNDEZ, J., “Capítulo X: Justicia Reparadora: Mediación penal para adultos y juvenil”, en CASANOVAS ROMEU, P. / MAGRE FERRÁN, J. / LAUROBA LACASA, E. (Dir.), *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, CEJFE, Barcelona, 2011, pp. 651 ss.

¹²³ BONAFÉ-SCHMITT, JP., *La Mediation penale en France et aux États-Unis*, LGDJ, París 2010, p. 10.

¹²⁴ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 10.

juveniles, evitar la reincidencia y al mismo tiempo adoptar medidas y respuestas protectoras para estos jóvenes. Como afirma TAMARIT SUMALLA, el *conferencing* surgió inicialmente en Nueva Zelanda y después se expandió a Australia bajo diversas formas como la *Family Group Conferencing*, *Community Conferencing* o *Police Led Conferencing*¹²⁵. Su introducción se debió en parte a la preocupación de la comunidad maorí sobre el número de jóvenes maoríes recluidos en instituciones penitenciarias que superaba la ratio de otros colectivos. La Conferencia de Familia se basa inicialmente en la filosofía y las prácticas de justicia maorí. Su forma de gestionar los conflictos y delitos no es similar al sistema de justicia occidental, sino que *está incrustada en su vida cotidiana*¹²⁶. Actualmente, la mayor parte de los casos juveniles en Nueva Zelanda son gestionados a través de estas entrevistas y reuniones, por ello ZEHR afirma que en Nueva Zelanda la JR es la norma¹²⁷.

La Conferencia de familia tiene similitudes con los programas de mediación y reparación víctima-ofensor, en cuanto se trata de un foro en el que los sentimientos son expresados, los hechos explorados y los arreglos son negociados¹²⁸. Se diferencia de la mediación en que, en el *Conferencing*, familiares de las personas implicadas y parte de la comunidad participan directamente pasando a ser un agente relevante en la toma de decisiones acerca de las consecuencias del acto delictivo¹²⁹. En todo caso, un mayor número de personas se integra en el encuentro¹³⁰. En este sentido, TAMARIT SUMALLA explica que este tipo de procesos, como el *conferencing* se consideran incluso más puramente restaurativos que la mediación al integrar a la comunidad como tercer actor en la gestión de las consecuencias del conflicto¹³¹. Según este mismo autor, al incluir a la comunidad en el proceso de diálogo y en la toma de decisiones, la comunidad *“deja de ser un ente abstracto sublimado a través de las instituciones que intervienen en el proceso judicial”*

¹²⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 13.

¹²⁶ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 10.

¹²⁷ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 37.

¹²⁸ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas*, cit., p. 4.

¹²⁹ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “La Alternativa a la crisis del Derecho penal”, RDPLN, núm. 23, 2008, p. 10.

¹³⁰ Modelo de fases del circuito de “Family group conference” (en línea: <http://www.frg.org.uk/the-family-group-conference-process>).

¹³¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro” CPJML, Universidad de Deusto, núm. 9/2013, Bilbao, 2013, p. 318.

asumiendo protagonismo e implicándose directamente en la superación del conflicto mediante su apoyo a la víctima y al ofensor¹³².

Generalmente el infractor, que suele ser menor de edad, acude acompañado por miembros de su familia, o a veces por otras personas que tienen una relación de cuidado o protección hacia él. Las víctimas igualmente van acompañadas por miembros de su familia u otras personas que les apoyan. Adicionalmente, operadores del sistema de justicia penal, como la policía, servicios sociales o de *probation* también participan en las reuniones y en el proceso común de cómo tratar las secuelas del delito, sobre todo cuando, como afirma ZEHR, la conferencia tiene la posibilidad de influir en el fallo judicial final del caso¹³³. El encuentro es dirigido por un facilitador independiente. El acuerdo se orienta no solo a reparar a la víctima, sino también a elaborar un plan diseñado para tratar las causas subyacentes en el comportamiento delictivo y, por tanto, prevenir la reincidencia.

Este proceso, en definitiva, reúne a la víctima, al infractor, familia, amigos y personas significativas para ambos, con la finalidad de decidir cómo tratar las consecuencias del delito. Los objetivos de la conferencia incluyen: dar a la víctima la posibilidad de estar directamente involucrada en la respuesta al delito; aumentar la conciencia del infractor acerca del impacto de su conducta; y darle la oportunidad de asumir responsabilidad por ello. Se compromete también a la familia y al sistema, en el sentido de apoyar y acompañar a los infractores en su esfuerzo por rectificar y gestionar adecuadamente su conducta en el futuro. Este proceso de JR permite al infractor y a la víctima conectarse con el apoyo clave de su entorno más cercano.

En algunos modelos, después de haber sido expuestos todos los puntos de vista, la familia mantiene una reunión privada para confeccionar un plan que luego es sometido al pleno de la conferencia para su aceptación. Es la reunión privada que ZEHR denomina “*consejo familiar*” que supone que el infractor y su familia se retiran a otra estancia para tratar lo que ha sucedido, elaborar una propuesta y presentarla a la víctima y al pleno¹³⁴.

¹³² TAMARIT SUMALLA, J.M., CPJML, Universidad de Deusto, núm. 9/2013, Bilbao, 2013, p. 320.

¹³³ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 58.

¹³⁴ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 59.

La conferencia, como se ha señalado, fue inicialmente adaptada de las prácticas tradicionales de los maori en Nueva Zelanda. A principio de los años noventa, la policía de *Wagga Wagga*, una pequeña ciudad de Australia, empezó una experiencia en *conferencing*, usando la potestad de amonestación del *common law*. En este modelo *Wagga*, el facilitador que conduce el proceso es un policía, lo cual ha sido objeto de bastante controversia¹³⁵. Estas experiencias estuvieron fuertemente influenciadas, no solo por el programa de Nueva Zelanda, sino también por la teoría de JOHN BRAITHWAITE sobre “*la vergüenza reintegrativa*”¹³⁶. El argumento de BRAITHWAITE tuvo una influencia enorme, se basa en la vergüenza de la familia y de la comunidad dirigida a los ofensores. La vergüenza puede ser una forma muy poderosa de control social, aunque, según BRAITHWAITE, es un instrumento de los más rechazados por las sociedades occidentales a su propia costa. Por ello, los modelos *Wagga* de *Conferencing circles* se conceptuaron como foros en los cuales los infractores eran confrontados con esta “*vergüenza reintegrativa*” en un contexto de respeto hacia los ofensores seguido del correspondiente esfuerzo para reintegrarlos.

La Conferencia, en especial el modelo *Wagga*, ha proliferado internacionalmente de forma asombrosa con una gran influencia en EEUU, Canadá y Reino Unido, si bien el modelo *Wagga* no se utiliza ya actualmente en ningún estado de Australia¹³⁷. A mediados de los años noventa, el *Conferencing* fue introducido en el Reino Unido por la Policía de *Thames Valley* y ha sido adoptado también por otras policías del mismo Reino Unido. Según JOHNSTONE, aunque ya desde principio de los años ochenta el Reino Unido contaba con algunas experiencias de reconciliación víctima-ofensor, es a partir del inicio de estas experiencias de la policía, basadas en la amonestación restaurativa (*restorative cautioning*), cuando el movimiento de JR realmente despegó en el Reino Unido¹³⁸. Según el mismo JOHNSTONE, inicialmente la JR en el Reino Unido, prácticamente se identificó

¹³⁵ GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., “Es el *Conferencing* una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia?”, *Ayudas a la Investigación*, 2011, *Ámbit Social y criminològic*, CEJFE, 2012, p. 38.

¹³⁶ BRAITHWAITE, J., *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 42, (3), 2000, pp. 5 ss.

¹³⁷ GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., *Ayudas a la Investigación*, 2011, *Ámbit Social y criminològic*, CEJFE, 2012, p. 39.

¹³⁸ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice*, cit., p. 4.

con la teoría de BRAITHWAITE sobre la vergüenza reintegrativa y el modelo *Wagga* de Conferencia, pasando por alto las más amplias ideas y valores de la JR y otras formas de poner en práctica tales ideas. De todas maneras esta situación ha cambiado, debido en buena parte a distintos profesionales expertos en JR que han empezado a explorar otras oportunidades que ofrece este paradigma restaurativo a raíz de la Ley *Crime and Disorder Act* de 1.998 y la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999 que introdujeron la JR en el Derecho Penal Juvenil.

Las Conferencias son utilizadas también en Norte América, Europa, y en Sudáfrica, en una de las dos formas comentadas (el modelo original de Nueva Zelanda o el modelo *Waga*, cercano a la teoría de BRAITHWAITE de la vergüenza reintegrativa). Se aplican tanto en infractores jóvenes como en adultos, aunque se ha desarrollado mayoritariamente en el ámbito juvenil. Las múltiples investigaciones realizadas demuestran un elevado grado de satisfacción acerca de la aplicación de estos programas para las víctimas y para los infractores, tanto en el proceso como en los resultados¹³⁹.

Siguiendo a GUARDIOLA LAGO / ALBERTÍ CORTÉS / CASADO CORONAS / SUSANNE¹⁴⁰, el *conferencing* acostumbra a desarrollarse en tres etapas: la preparación, el encuentro y el seguimiento del acuerdo. La primera fase de preparación incluye entrevistas privadas con cada una de las partes con el objetivo de valorar si el proceso es viable. En esta entrevista privada se informa a las partes para que puedan decidir voluntariamente sobre su participación y también para acordar quién acompañará a cada uno. Además, han de ser informados sobre el encuentro y el funcionamiento de todo el procedimiento y sus posibles efectos sobre el proceso penal, si ya se ha iniciado, o en la resolución del caso.

La participación de las partes y de otras personas puede variar según el modelo de *conferencing*. La segunda fase está constituida por el encuentro en el cual es imprescindible que participe el autor junto a su familia y las personas de apoyo del ofensor. Se considera importante, aunque no imprescindible que intervenga la víctima y

¹³⁹ DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia Restaurativa*, cit., p. 11.

¹⁴⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G. / TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) *La justicia restaurativa*, cit., p. 241.

también sus personas de apoyo, no obstante, en ningún caso se la puede obligar a participar¹⁴¹. En función del modelo y del caso pueden intervenir también los abogados, policías u otros profesionales o técnicos de servicios sociales. El encuentro es dirigido por un facilitador que normalmente es el mismo que ha llevado a cabo la fase de preparación y que suele estar formado en facilitación de encuentros grupales. Según ZERNOVA, es el coordinador de Justicia juvenil quien organiza la conferencia y también quien usualmente la facilita¹⁴². El encuentro se inicia con un relato de los hechos por parte de un representante de la comunidad, que puede ser un policía y si el ofensor acepta los hechos, sigue el propio ofensor explicando sus reflexiones y vivencias sobre lo acontecido. A continuación, la víctima y sus personas de apoyo explican sus puntos de vista y los efectos del delito sobre su vida. Después suelen participar también las personas de apoyo del ofensor.

Algunos modelos incluyen reuniones privadas con el ofensor y su familia para elaborar una propuesta de reparación que luego se presenta a la víctima en la reunión conjunta. Con esta propuesta y la que puedan presentar la víctima y sus personas de apoyo, se elabora de manera consensuada, el plan de reparación o acuerdo, que se redacta seguidamente. Algunos modelos incluyen un aperitivo antes de la reunión privada del ofensor con su familia o al final del encuentro, mientras el facilitador redacta el plan acordado. Algunos autores entienden que este espacio lúdico nunca debería omitirse, ya que el entorno de convivencia más relajado y distendido, fomenta la interacción entre todos los participantes y la reintegración del ofensor. Una vez finalizado el encuentro, se inicia la tercera fase con la puesta en práctica del plan de reparación y su seguimiento.

4.4. Conferencia de la comunidad (*Community conferencing*)

Se trata de un proceso similar a la “Conferencia de Familia” o *Family Conferencing* que acabamos de ver, cuando el ofensor es un adulto. En algunos lugares se dan variaciones en cuanto al procedimiento. El facilitador puede seguir un guión previo, las víctimas

¹⁴¹ GUARDIOLA LAGO, M. J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., Ayudas a la Investigación, 2011, Àmbit Social y criminològic, CEJFE, 2012., p. 136.

¹⁴² ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 1.

pueden también ser animadas a que traigan a miembros de su familia extensa y otras personas que les apoyen en la práctica de la conferencia. Puede ser que las partes permanezcan en la misma sala juntas con el facilitador o facilitadores durante toda la reunión de la conferencia, sin que exista tiempo privado o encuentros por separado con los integrantes de cada parte¹⁴³.

Como destacan GUARDIOLA LAGO / ALBERTÍ CORTÉS / CASADO CORONAS / SUSANNE, el inicio del *conferencing* tanto en jóvenes como en adultos queda condicionado a la aceptación de los hechos por parte del infractor. Estas mismas autoras entienden que el *conferencing* puede superar algunas limitaciones de la mediación, ya que permite la participación de otros actores relevantes, además de la víctima y el ofensor, dando voz a más personas. Introduce la figura del facilitador, en lugar del mediador y finalmente incluye a la comunidad local y a las personas de apoyo de las partes afectadas. Por ello se considera que la comunidad afectada queda incluida en el diálogo y se potencia la responsabilización¹⁴⁴ del infractor y posiblemente también la de las personas de apoyo. La propia comunidad se implica en la búsqueda de respuestas y de fórmulas de superación del daño, a la vez que se trabaja también en buscar formas de prevenir la posible reiteración de determinadas conductas y del mal provocado.

4.5. Círculos de paz y círculos de sentencia

Los círculos se inspiran en las tradiciones de las comunidades indias de Norteamérica¹⁴⁵, aunque como señala ZEHR, tanto los círculos como las conferencias no pueden entenderse simples réplicas de prácticas tradicionales, sino adaptaciones de tales prácticas¹⁴⁶. DOMINGO DE LA FUENTE destaca que se trata de un proceso diseñado para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad¹⁴⁷, ya que está abierto a todas las personas que la integran. Según GUARDIOLA LAGO / ALBERTÍ CORTÉS / CASADO CORONAS / SUSANNE, los círculos tienen dos objetivos principales. Por un lado, dar voz a todos los

¹⁴³ Vid. más información a través de *Restorative Justice Council* (en línea: <http://restorativejustice.org.uk>).

¹⁴⁴ GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., *Ayudas a la Investigación*, 2011, *Ámbit Social y criminològic*, CEJFE, 2012, p. 38.

¹⁴⁵ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 19.

¹⁴⁶ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 59.

¹⁴⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia Restaurativa*, cit., p. 11.

miembros de la comunidad que deseen participar en la búsqueda de distintas formas de afrontar un determinado problema y sus causas. Y, por el otro, construir relaciones y vínculos de confianza que refuercen la propia comunidad¹⁴⁸. Algunos autores como WACHTEL destacan, precisamente, la importancia de potenciar una red de relaciones de convivencia como creación de “capital social” que fomenta las conexiones interpersonales, la confianza, el entendimiento mutuo y los valores sociales compartidos¹⁴⁹. En definitiva, se refuerza el tejido social y se previene la comisión de posibles delitos al integrar a los individuos dentro de una misma red relacional de confianza.

Los círculos pueden adoptar diversas formas, pero suelen agruparse en dos tipos básicos: Círculos de Paz (*Peacemaking Circles*) o Círculos curativos (*Healing Circles*) y Círculos de Sentencia (*Sentencing Circles*). Los Círculos de Paz o curativos se aplican para superar situaciones de daño y para reparar el padecimiento individual o colectivo que haya podido producir este daño. En este tipo de círculos participan víctimas, ofensores y miembros de la Comunidad, pero no suelen intervenir actores del sistema judicial. En los círculos de sentencia, en cambio, junto a la víctima, a los ofensores, a sus respectivos familiares y a otros miembros de la comunidad, suelen participar policías, jueces y fiscales, todos cara a cara y en un mismo plano de igualdad¹⁵⁰. Víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, policía y funcionarios de los Juzgados, se reúnen en forma de círculo, con el objetivo de llegar a un consenso sobre la forma de resolver el conflicto, trabajando, conjuntamente, en la elaboración de un plan de sentencia (*sentencing plan*) apropiado que trate adecuadamente las inquietudes de todas las partes interesadas. El Juez al dictar sentencia tiene en cuenta el contenido del *sentencing plan* que se elaboró.

En un círculo de sentencia las personas interesadas de la comunidad toman parte en una discusión acerca de lo que pasó, por qué paso, qué debe hacerse al respecto, y qué puede

¹⁴⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., Ayudas a la Investigación, 2011, Àmbit Social y criminològic, CEJFE, 2012, p. 40.

¹⁴⁹ WACHTEL, T., Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, IIRP *Graduate school*, 2013, pp. 1-2.

¹⁵⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., Ayudas a la Investigación, 2011, Àmbit Social y criminològic, CEJFE, 2012, p. 41.

hacerse para prevenir que tales actos no se repitan en el futuro. El Juez entonces pronuncia sentencia y da otras órdenes y recomendaciones basadas en lo que se propuso en el círculo. Aunque se llamen círculos de sentencia, la discusión y las decisiones van mucho más allá de lo que tradicionalmente cubre un proceso con sentencia. En concreto, los círculos tratan asuntos como el grado en que la comunidad comparte la responsabilidad por el delito y si puede hacer algo al respecto.

Según ZERNOVA, en 1982 se crearon los Tribunales de Navajo Peacemaker que representaban un sistema de tribunal anexo de justicia popular¹⁵¹. El primer uso oficial de los *sentencing circle* tuvo lugar, según CAYLEY, en 1992 en la Corte territorial de Yucon en Canadá. En respuesta a la declaración oficial de que “la comunidad” quería que un nativo canadiense (un delincuente habitual, convicto por asalto a un oficial de policía) fuese a la cárcel¹⁵². El Juez BARRY STUART invitó a miembros de la comunidad del infractor para participar en un círculo de sentencia, reviviendo la forma nativa de tratar los problemas individuales y las situaciones molestas. En dicho caso, la comunidad del ofensor se pronunció en el sentido de que no quería que el ofensor fuese a la cárcel y que quería de ayudarlo en su rehabilitación. El Juez STUART, actuando conforme a la voluntad de la comunidad, ordenó el cumplimiento de dos años de *probation* (asimilable, como hemos visto, a la libertad condicional) acompañada de una serie de medidas como la de seguimiento personalizado por parte del funcionario de la *probation*, que le apoyó en su proceso de reinserción social y laboral y el infractor respondió cambiando su vida. Los buenos resultados de este caso se extendieron rápidamente y pronto a la práctica de los círculos de sentencia, proliferó entre las comunidades nativas de Canadá y, en otras partes, defendiendo algunos sectores la necesidad de aplicarse a toda la sociedad moderna.

Tanto en los círculos de paz como en los de sentencia, para ordenar el debate y moderar el turno de palabra, se utiliza un objeto, como elemento simbólico que pasa de mano en mano entre los diversos participantes para tomar el uso de la palabra que, siguiendo a

¹⁵¹ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., p. 19.

¹⁵² CAYLEY, D., *The Expanding Prison: The Crisis in Crime and punishment and the Search for Alternatives*, House of Ananasi Press, Cleveland, 1998, p. 182.

WACHTEL, suele llamarse “pieza de diálogo”¹⁵³ u “objeto de conversación”. El facilitador puede establecer un turno de palabra dentro del círculo, ya sea utilizando la pieza de diálogo o no¹⁵⁴. Los círculos tienen como finalidad la promoción de la “curación” de todas las partes afectadas, ofreciendo al infractor la oportunidad de enmendar su acción. Al mismo tiempo, se da a las víctimas, infractores, miembros de familia y a las comunidades, voz y una responsabilidad compartida en la búsqueda de soluciones constructivas, dirigiendo las actuaciones a tratar de solventar las causas fundamentales de la conducta delictiva y a construir un sentido de comunidad en base a los valores sociales compartidos.

4.6. Amonestación (*Cautioning*), conferencias restaurativas y métodos de JR según Naciones Unidas

La Amonestación Restaurativa (*Restorative cautioning*) es un proceso que fue introducido de forma pionera en Inglaterra por la policía de *Thames Valley*. Utiliza el método de la Conferencia de Familia para amonestar a los ofensores en una amplia variedad de delitos¹⁵⁵. Desde 1998 para realizar advertencias, reprimendas y avisos finales se utiliza este método o enfoque de conferencia restaurativa. El ofensor es animado a pensar y reflexionar sobre los efectos que su acción ha causado sobre la víctima, aunque la víctima no está presente¹⁵⁶.

Por otra parte, la Conferencia Restaurativa (*Restorative Conferencing*) acompaña normalmente una advertencia similar a la fórmula que acabamos de ver referente a la “Amonestación Restaurativa”, pero en este caso, la víctima, el ofensor y sus respectivos apoyos (*supporters*) se encuentran juntos en una conferencia con un facilitador entrenado. Los acuerdos resultantes establecen lo que hará el ofensor para arreglar o reparar el daño causado. Debe acordarse también la reparación y la inclusión del ofensor en un programa de rehabilitación para tratar las causas subyacentes del comportamiento delictivo.

¹⁵³ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 14.

¹⁵⁴ WACHTEL, T., Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, *IIRP Graduate school*, 2013, p. 9.

¹⁵⁵ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., pp. 25 ss.

¹⁵⁶ “Consejo sobre Justicia Restaurativa”, entidad que promueve la JR en el Reino Unido y define las diferentes figuras de JR, entre ellas el *Restorative Cautioning*, *Restorative Justice Council*, *United Kingdom* (en línea: <http://restorativejustice.org.uk>).

Para finalizar, mencionar las seis modalidades que sintetizan los distintos métodos de JR, según un documento elaborado por las Naciones Unidas¹⁵⁷. En primer lugar, el “*Diálogo indirecto*” en el que víctima e infractor actúan sin coincidir en el mismo espacio físico a través de cartas, vídeos, etc. Se utiliza especialmente en situaciones en las cuales el diálogo directo no es posible, debido a la existencia de una violencia severa, por existir un gran desequilibrio de poder, por temor de la víctima, por residir en distintas ciudades, etc. En segundo lugar, el “*Diálogo dirigido entre víctimas e infractores*”, del cual la mediación es el ejemplo más claro. En la mediación, el mediador crea un ambiente seguro de diálogo entre las partes y, si es posible, traslada su voluntad en un documento de acuerdos, con los compromisos adoptados por ellas. En tercer lugar, el “*Diálogo dirigido entre víctimas, infractores, defensores y funcionarios del Gobierno*”; en este caso el diálogo se amplía a los defensores de la víctima y del ofensor, los funcionarios del gobierno también pueden participar. El debate tiende a ir más allá del incidente concreto, para tratar temas subyacentes de la víctima y del infractor. Son ejemplos de este tipo la Conferencia de Familia y la Conferencia de comunidad. En cuarto lugar, el “*Diálogo dirigido entre víctimas, infractores, defensores, funcionarios del Gobierno y miembros de la comunidad*”, como los círculos de sentencia o los círculos de paz. Se trata de ir más allá del delito concreto y de los temas subyacentes de la víctima y de los victimarios, para abordar temas susceptibles de afectar a la comunidad en general y que pueden ayudar a prevenir nuevos delitos. Una quinta modalidad es el “*Diálogo dirigido entre víctimas infractores y otras partes*”, como mínimo la víctima y el infractor están presentes, además de otras partes. El mediador actúa más allá de un mero facilitador y pasa a tener un papel más instructivo y orientativo hacia el acuerdo. Finalmente, el “*Diálogo arbitrado entre víctimas infractores y otras partes*”; como mínimo la víctima y el infractor están presentes y también pueden participar otras partes. El mediador organiza la conversación entre las partes, escucha a todos y toma una decisión, con lo cual se asemeja más a un arbitraje que a una mediación, ya que al final la decisión queda en manos del tercero que actúa como árbitro.

¹⁵⁷ NACIONES UNIDAS, *RJ Handbook*, cit., p. 26 ss.

5. LA INTEGRACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL TRADICIONAL

QUINTERO OLIVARES opina que la mediación y la conciliación pueden concebirse como las vías de entrada de la JR en el sistema penal, aunque también pueden entenderse como “*posibilidades de renovación*” del proceso penal tradicional. Frente a estas dos ideas el autor expone la existencia de una tercera vía que valora la JR como “*un tipo totalmente diferente de proceso o de justicia penal*”. Según esta línea de pensamiento, los defensores de los beneficios de la mediación desean mejorar o perfeccionar la justicia actual, mientras que los partidarios de la JR quisieran otra clase de justicia, yendo más allá del objetivo de corregir los defectos de la justicia tradicional.¹⁵⁸

Desde este trabajo se defiende que la Justicia tradicional y la JR no significan vías contrapuestas, sino todo lo contrario, ya que, como señala CARRASCOSA MIGUEL, todos los poderes públicos están actualmente interesados en la implantación y divulgación de la denominada cultura de la paz y, en particular, en la mediación como sistema eficaz de pacificación de conflictos¹⁵⁹. Si se plantea un paralelismo entre JR y Justicia tradicional cabe destacar que ambas tienen en común ofrecer una respuesta posterior al delito y la función de restablecer algún tipo de balance o compensación del daño producido por el delito. La diferencia esencial está en cómo se lleva a cabo ese balance. La Justicia tradicional busca restablecer el equilibrio a través de la pena a la que puede sumarse la responsabilidad civil mientras que la JR se centra básicamente en la reparación voluntaria acordada entre víctima y ofensor, partiendo de las necesidades de la víctima y las posibilidades reales del victimario.

La JR contempla los actos criminales de forma más amplia, en el sentido, no solo de delito, sino de conflicto. Desde esta óptica, el hecho cometido se entiende no únicamente como una trasgresión de la ley, sino que pone el foco en el daño que el infractor produce

¹⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G., en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal*, cit., pp. 394-395.

¹⁵⁹ CARRASCOSA MIGUEL, A., “La Mediación Intrajudicial en el Consejo General del Poder Judicial”, en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 247.

a la víctima, a la comunidad y a sí mismo como miembro de esa comunidad a la que pertenece. La JR involucra a más partes en la respuesta al delito porque, además de a la Administración de Justicia, a los operadores jurídicos y al infractor, incluye a la víctima y a la comunidad. El infractor deja de ser un mero sujeto pasivo del castigo para convertirse en parte activa y determinante en la compensación del daño producido a la víctima. La víctima adquiere un papel activo y protagonista, puede participar directamente en el proceso de toma de decisiones sobre el tipo de compensación que necesita y mejor satisface el daño padecido. La JR mide el éxito de forma diferente a la Justicia tradicional retributiva porque en lugar de medir cuánto castigo fue impuesto y cumplido, mide el valor de los daños reparados y de los posiblemente prevenidos. Otra diferencia importante es que la JR se centra en los daños ocasionados y en las personas afectadas por el delito más que en las normas infringidas¹⁶⁰.

Según TAMARIT SUMALLA, en Derecho comparado podemos encontrar una notable diversidad de fórmulas respecto al reconocimiento jurídico de los diferentes modelos de JR y de sus efectos dentro del sistema de Justicia penal. Como señala este mismo autor, muchos programas de JR se han puesto en funcionamiento sin una cobertura legal explícita. Con lo cual la opción de aplicar una fórmula restaurativa depende, en estos casos, de la sensibilidad del Juez hacia la JR y de la disponibilidad de programas y de profesionales preparados en el territorio correspondiente. Como explica TAMARIT SUMALLA, una distinción fundamental entre los distintos programas que se están aplicando en la práctica del Derecho comparado, se basa en el momento en que se puede optar por su aplicación, ya sea antes o después de la sentencia (*before sentencing / after sentencing*)¹⁶¹.

Respecto a España, la mediación-conciliación se introduce en la legislación penal de menores, a través de la Ley Orgánica 5/2000, de doce de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En la legislación penal de adultos no se incluye ninguna referencia a la mediación hasta la reforma de la LO 1/2015 de modificación del CP. No obstante, en la práctica, existían ya experiencias previas interesantes y

¹⁶⁰ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 49.

¹⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., pp. 61 ss.

consolidadas que se han amparado, básicamente, en la regulación de la reparación y de los efectos jurídicos que le reconoce la legislación penal. Como señaló TAMARIT SUMALLA, esta no regulación de la JR podía considerarse como una anomalía en términos de Derecho comparado.

Debe destacarse que la mediación en el ámbito penal de adultos ha obtenido un notable reconocimiento e impulso a través del CGPJ. En este sentido CARRASCOSA MIGUEL señala que la mediación intrajudicial aparece como una referencia específica en el Plan de Modernización de la Justicia que fue aprobado por el Pleno del CGPJ el 11 de noviembre de 2008. Posteriormente el 30 de abril de 2009 se creó la Vocalía Delegada para la coordinación e impulso del Proyecto de mediación Penal y Civil con el compromiso de “*fomentar y estimular el impulso de la mediación, contribuyendo a crear una cultura de la mediación*”¹⁶².

Algunos especialistas señalan que la integración de las diferentes vías o modelos de JR dentro del sistema penal podría suponer la pérdida de sus características identificativas y una “contaminación” de sus principios básicos. No obstante, la mayoría de los expertos en JR consideran que deberían implementarse los métodos de JR dentro del marco del sistema de justicia penal de una forma complementaria, ya que la JR, por si sola, no puede ofrecer respuesta a todas las situaciones¹⁶³.

A grandes rasgos, la manera de complementar o de combinar ambas vías podría empezar, en primer lugar, por la propia policía como punto de entrada para acceder a una fórmula restaurativa como la mediación los supuestos de escasa entidad penal. O por el Ministerio Fiscal, en aplicación del principio de intervención mínima, acogiendo al principio de oportunidad, permitiendo que en determinados delitos de escasa gravedad y teniendo en cuenta la menor entidad de la pena asignada, el Fiscal decidiese transferirlos a una fórmula de JR, evitando la entrada del caso en la vía penal. Tanto la policía como la Fiscalía podrían desviar aquellos supuestos que considerasen apropiados, fuera de la vía

¹⁶² CARRASCOSA MIGUEL, A., en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, cit., pp. 249 ss.

¹⁶³ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 16.

tradicional de persecución penal, facilitando alternativas de JR como la mediación u otras. Además, aquellos casos que no hubiesen sido derivados inicialmente podrían ser transferidos en un momento posterior, si se considerase conveniente. Por ejemplo, si durante el proceso de instrucción y antes de la vista oral, valorando las circunstancias del caso o la voluntad manifestada por las partes, se considerase adecuado derivarlo a mediación, el proceso podría quedar en suspenso a la espera del resultado de la mediación o de otro método de JR que se considerase apropiado al supuesto concreto. Además, los propios protagonistas del hecho delictivo, víctima, acusado y perjudicados, podrían también solicitar su participación en un Programa de JR, ya fuese por iniciativa propia o por recomendación de sus abogados.

La participación efectiva en programas de JR puede tener incidencia, complementar y modificar los efectos del castigo judicial convencional. Por ejemplo, un caso de robo con intimidación, en el que antes de la vista oral se inicia una mediación que termina con un acuerdo satisfactorio de reparación entre el autor y la víctima. El proceso judicial posiblemente siga adelante, a pesar de la reparación efectuada. Pero el Juez, en función de la legislación vigente, ha de tener en consideración esa reparación acordada y hecha efectiva, en el momento de fijar la pena concreta aplicable (art. 21.5 y 66.1 CPE). Con lo cual la reparación realizada puede suponer una atenuación y propiciar el cambio de la pena inicialmente prevista para el delito concreto.

Son múltiples las legislaciones que han introducido la mediación y la han dotado de las funciones comentadas. Ya sea en el sentido de desviar el caso desde el inicio a una vía diferente a la judicial o en el sentido de complementar el sistema judicial tradicional e influir en su resultado penológico o incorporando ambas posibilidades. Una tercera opción es la de llevar a cabo una mediación u otro método de JR con posterioridad a la sentencia firme, en cuyo caso jurídicamente podría tener consecuencias diversas que afectarían a la ejecución de la pena (evolución en el grado de cumplimiento, obtención de permisos de salida, libertad condicional, apoyar la petición de indulto, etc.).

Igualmente puede activarse esta colaboración con la Justicia tradicional respecto a otros métodos de JR. En este sentido, ZEHR señala que un Juez puede remitir un caso a una

conferencia restaurativa para determinar en ella cómo se van a implementar determinados puntos de la sentencia, como la restitución¹⁶⁴, especialmente efectiva en los casos de afectación a pluralidad de personas. Por otra parte, como ya hemos visto, el Fiscal, el Juez o bien un funcionario judicial pueden participar, junto a la comunidad, en un círculo y su resultado puede ser tenido en cuenta por el órgano juzgador al formular una sentencia que considere también las necesidades de la víctima, del victimario y de la comunidad, así como contribuir al diseño de un plan de futuro para motivar cambios y evitar la reincidencia. El mismo ZEHER destaca que en Nueva Zelanda las conferencias son la norma y el juicio la alternativa¹⁶⁵.

Un creciente número de países regulan distintos métodos de JR, integrándolos de forma complementaria en su sistema penal. Estos métodos o programas se están aplicando, en la práctica, con un notable éxito, lo que está produciendo un lógico efecto expansivo de la JR en toda la comunidad internacional de cultura jurídica occidental. Como apunta BRAITHWAITE, la esperanza reside en que la viabilidad y los beneficios de estas vías, hasta ahora alternativas, se hagan evidentes a quienes tienen la capacidad de adoptar decisiones de justicia penal¹⁶⁶. Sería deseable un incremento sustancial en la derivación de casos a vías restaurativas y que, por tanto, la “alternativa” se convirtiese en la norma. Así gradualmente, los distintos métodos de JR pasarían a ser, en muchas ocasiones, una primera opción de aplicación posible desde el inicio. La persecución penal, el juicio y la pena privativa de libertad se convertirían en una segunda respuesta, reservada para los casos en los que los métodos de JR no fuesen aceptados por las partes. O que, por motivos de política criminal de prevención general o especial o de seguridad, no se considerasen apropiados o aplicables, atendiendo al tipo de delito, la peligrosidad del delincuente o la gravedad del hecho.

De todas formas, dentro de la misma JR existen corrientes que señalan distintos problemas que ponen en duda si sus objetivos pueden ser alcanzados dentro del sistema penal. En este sentido, MARSHALL previene del peligro que puede suponer que personas

¹⁶⁴ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., pp. 64 ss.

¹⁶⁵ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 64.

¹⁶⁶ BRAITHWAITE, J., “A future Where Punishment is marginalized: Realistic or Utopian?”, *UCLA Law Review, University of California School of Law*, vol núm. 46, Los Ángeles, 1999, pp. 1727 ss.

con un conocimiento muy limitado de la JR puedan llevar a cabo una aplicación inadecuada o abusiva¹⁶⁷. Otra preocupación es que la JR sea valorada únicamente como una técnica para prevenir la reincidencia, dejando en segundo plano el interés de la víctima. También los obstáculos para facilitar su avance dentro de una estructura tan burocratizada como el sistema penal son motivo de análisis. La necesidad de cumplir con las finalidades burocráticas y su papeleo puede ser como destruir la flexibilidad y la creatividad que es crucial para el éxito de las iniciativas restaurativas.

Por otro lado, se señala la dificultad de que la mayoría de los jueces, funcionarios y demás profesionales del sistema de justicia, adopten el rol más restringido que la JR demanda de ellos, permitiendo que las víctimas, los ofensores e incluso otros miembros de la comunidad se conviertan en protagonistas y adquieran capacidad de decisión, limitando ese poder decisorio de los órganos que tradicionalmente lo han detentado en exclusiva. Lo que parece estar en juego, según JOHNSTON, es el contraste entre los valores de la burocracia del Estado –uniformidad, regularidad y predicibilidad- y aquellos valores que muchos ven como esenciales de la JR: la flexibilidad y la creatividad¹⁶⁸

Otra de las dificultades que se aducen respecto a la integración de la JR con la Justicia penal es que las intervenciones del Derecho penal están centradas, básicamente, en la figura del infractor. Por ello, los que consideran que la JR ha de orientarse a satisfacer las necesidades de la víctima ven el acercamiento al Derecho penal con escepticismo, ya que temen que las víctimas en lugar de resultar fortalecidas y reparadas sean utilizadas como meros apoyos en programas diseñados básicamente para reintegrar infractores. Este punto refleja las diferencias existentes dentro de la JR entre aquellos profesionales y técnicos que han llegado a la JR, principalmente, a través de los movimientos a favor de las víctimas y los que acceden a la JR a través de su implicación en la reforma del Derecho penal con acento en la reinserción del victimario.

¹⁶⁷ MARSHALL, T., “*Restorative Justice: An Overview*” (en línea: <https://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf>), pp. 8 ss.

¹⁶⁸ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice*, cit., p. 17.

Por tanto, no todos los seguidores de la JR están a favor de que ésta se acople dentro del sistema penal vigente. Aquellos que no comparten la integración de los programas y las políticas de la JR dentro del sistema penal, tienden a manifestar distintas ideas sobre cómo debe desarrollarse y por dónde debería avanzar. Por ejemplo, algunos entienden que la JR debería mantenerse totalmente al margen de la justicia penal, para que no se “contamine” de sus características y mantenga su singularidad respetando los objetivos y formas de actuación propios. Desde esta perspectiva se conciben dos sistemas separados para tratar los conflictos entre los miembros de la comunidad, operando uno al lado del otro, aunque de forma absolutamente independiente como refiere BIANCHI¹⁶⁹. Esta idea se combina con la esperanza de que el sistema penal sea cada vez menos utilizado y que las ventajas de la JR terminen imponiéndose claramente. Otra línea entiende que, de momento, la JR debe desarrollarse, principalmente en un plano teórico, resistiendo a las presiones de una práctica prematura y concentrándose en un trabajo conceptual como señala ZEHR¹⁷⁰.

A pesar de esta tendencia, puede considerarse que actualmente tanto en Europa como en Estados Unidos, Australia o Canadá, predomina una potente corriente que propugna la integración de la JR en el marco penal y que estudia las posibilidades y los métodos más eficaces para aunar los mejores esfuerzos, mecanismos y recursos de ambos sistemas en beneficio de una convivencia ciudadana más pacífica y segura. Esta tendencia a la complementariedad entre los dos paradigmas toma cuerpo en grandes foros y encuentros internacionales, como la segunda conferencia organizada por el *European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*¹⁷¹, celebrada en Ostende, bajo el título “*Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System*”. En ella participaron expertos de todo el mundo. En las conclusiones finales se destacó la importancia de que la JR colaborase e incluso se integrase como un instrumento fundamental dentro de la estructura del sistema penal o por el contrario corría el riesgo

¹⁶⁹ BIANCHI, H., *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Indiana University Press, Bloomington Indiana, 1994, *passim*.

¹⁷⁰ ZEHR, H., *Changing Lenses: A new Focus for Crime and Justice*, Scottsdale Herald Press, 1990, pp. 24 ss.

¹⁷¹ Conferencia celebrada en Ostende, octubre de 2002, organizada con el soporte de la Academia Europea de Derecho (ERA) y el *European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice*.

de quedar como una teoría bien intencionada, pero sin incidencia práctica destacable en la realidad del ámbito penal, ni en la realidad de las personas¹⁷².

También referenciar aquí la tercera conferencia del mismo *Forum* de octubre de 2004 en Budapest: “*Justicia Restaurativa: ¿hacia donde nos dirigimos?*” (*Restorative Justice: ¿where are we heading?*)¹⁷³. O las Jornadas Internacionales de Barcelona sobre JR, celebradas en junio de 2013 y organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Queda patente que la mayoría de los especialistas en JR de Europa se manifiestan claramente a favor de integrar sus principios dentro de los esquemas de la Justicia penal tradicional para que alcancen efectividad práctica y no queden como una mera recopilación de buenas intenciones aparcadas en el plano teórico, al margen y sin ninguna incidencia en la práctica penal real.

Por otra parte, los organismos internacionales como el Consejo de Europa, la UE o las Naciones Unidas se han pronunciado en múltiples ocasiones y en diferentes textos normativos, vinculantes o no, sobre la necesidad de que los Estados Miembros incorporen la mediación en sus respectivas legislaciones penales. Como ejemplo, en un Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre JR se recomienda la introducción de la mediación y se recoge el siguiente apartado: “*Un delito suele afectar no solo al futuro de las víctimas y comunidades, sino también a sus autores. La Justicia Restaurativa procura restablecer los intereses de todas las partes afectadas por un acto delictivo, en la medida de lo posible, con la participación activa y voluntaria de los delincuentes, de las víctimas y de las comunidades*”¹⁷⁴.

CAYLEY considera que una de las contribuciones más importantes de la JR ha sido clarificar que la justicia necesita no ser concebida como un juego de suma cero, en el cual los intereses de la víctima y del infractor son inversamente proporcionales. Por el

¹⁷² *Euroforum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice*, más información en su página web (en línea: <https://www.euroforumj.org/en/efrj-conferences-1999-2012>).

¹⁷³ Budapest, 14-16 Octubre de 2004, organizada con el soporte del Instituto Nacional de Criminología de Hungría.

¹⁷⁴ Informe del Secretario General sobre Justicia Restaurativa, punto 9, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, 7 de enero de 2002.

contrario, la JR centra la atención en el interés común que tienen víctimas e infractores en conseguir que lo que estuvo mal vuelva a ser correcto otra vez, es decir, en restaurar la situación anterior¹⁷⁵. Como afirma el magistrado SÁEZ VALCÁRCEL, la mediación humaniza el proceso penal y pone rostro a las partes¹⁷⁶. O, como destaca BONAFÉ-SCHMITT, la mediación no es simplemente una técnica de gestión de conflictos, una alternativa a la justicia, sino que supone otro modo de regulación social que es portador de otro modelo de resolución de conflictos¹⁷⁷.

Como destaca SUBIJANA ZUNZUNEGUI, el nuevo paradigma que supone la JR es fruto de una evolución que deja patente que el modelo “*adversarial tradicional no es suficiente para satisfacer las exigencias de efectividad en la tutela solicitada por las personas (art. 24.1 CE.)*”, lo que exige su complemento con formas disímiles de impartir Justicia”. De ello puede deducirse que la JR no sustituye al sistema penal actual, sino que lo complementa y contribuye a su mejora en la calidad de las respuestas ofrecidas a la víctima, al victimario y a la sociedad. Con lo cual SUBIJANA ZUNZUNEGUI deja claro que el modelo adversarial seguirá existiendo para dar cauce a la composición institucional de los numerosos conflictos que se suscitan en la comunidad¹⁷⁸.

Podría concluirse que la mediación en particular y la JR en general aportan un elemento dinamizador para la justicia penal tradicional, favoreciendo su flexibilización y humanización, impulsando su avance hacia formas menos retributivas, estigmatizadoras y criminógenas, facilitando fórmulas integradoras adaptadas a los nuevos modelos sociales más útiles, responsabilizadoras, participativas y eficaces a la hora de prevenir y de tratar el delito, sus causas y sus consecuencias.

¹⁷⁵ CAYLEY, D., *The Expanding Prison*, cit., p. 219.

¹⁷⁶ SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La Mediación reparadora en el proceso penal, reflexión a partir de una experiencia”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. / ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, p. 6.

¹⁷⁷ BONAFÉ-SCHMITT, JP., *La Médiation pénale*, cit., p. 18.

¹⁷⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.I., “Otro modelo de Justicia: la resolución de conflictos por medios alternativos al Sistema adversarial”, en ORDEÑANA GEZURAGA, I. / URIARTE RICOTE, M. (Coords.), *Justicia en tiempos de crisis*, CGPJ, Madrid, 2016, p. 73.

6. RECAPITULACIÓN

Se han introducido el análisis del concepto, los objetivos y las características de la JR y sus diferencias respecto a la Justicia penal tradicional, lo que no significa que deban entenderse como paradigmas contradictorios o incompatibles, sino todo lo contrario. Precisamente sus diferencias son complementarias y la convivencia entre ellos puede enriquecer mutuamente ambos sistemas. En este sentido, la JR no tendría vigencia, ni apenas incidencia social, si pretendiese desarrollarse totalmente al margen del sistema penal. De la misma forma, entiendo que la Justicia tradicional necesita nuevos elementos para impulsar su renovación y para ampliar el abanico de reacciones posibles y útiles ante el hecho delictivo. Se trata de sumar respuestas que permitan una mayor adaptación a las necesidades concretas de las personas implicadas, a la vez que reconozcan su protagonismo (víctima, victimario, sus respectivos entornos familiares, personas indirectamente afectadas) y brinden un nuevo enfoque positivo en la superación real personal y social del daño causado.

Por otra parte, como hemos visto, bajo la denominación de JR se engloban diferentes métodos e instrumentos que permiten, precisamente, una mayor adaptabilidad a las circunstancias y a las situaciones personales y fácticas de cada caso concreto. Será el profesional mediador o facilitador quien deba, en principio, determinar el método restaurativo más adecuado para promover la respuesta que pueda ser más apropiada para todas las personas protagonistas de la situación, con especial consideración hacia la víctima o víctimas. Cuando estos métodos alcancen una aplicabilidad y conocimiento más generalizado, entiendo que también los demás operadores jurídicos, en especial los jueces, los abogados, los LAJ y los fiscales, podrán recomendar o derivar al sistema de JR que consideren más adecuado, en función de su conocimiento del caso, de sus características y sobre todo de la idiosincrasia y necesidades de sus protagonistas. A pesar de esta diversidad de métodos posibles, no debe perderse de vista que, más allá de las diferencias en las estrategias concretas de actuación de cada uno y de su puesta en práctica, todos ellos se inspiran en los mismos principios y en la misma filosofía que caracteriza e identifica la JR.

Destacar que, a pesar de que la JR se plantea como un paradigma novedoso, hunde sus raíces en antiguas tradiciones que se basan también en la importancia de reparar el daño causado, como primer impulso y preocupación primaria, previa incluso a la idea o a la concreción de la respuesta punitiva. Este planteamiento histórico puede ayudarnos a comprender que los principios e instrumentos de la JR, con formas diferentes, nos han acompañado a lo largo de toda la historia del ser humano y, por tanto, su esencia no es ajena en absoluto a nuestra forma de relacionarnos ni de gestionar nuestras discrepancias, nuestros conflictos y daños. La asunción del monopolio punitivo por parte del Estado, relegó en las sociedades modernas la vigencia y aplicabilidad formal de las respuestas restaurativas más tradicionales o ancestrales, pero nuestro grado de desarrollo actual permite una progresiva recuperación y adaptación de las ideas, de los valores y de los principios que subyacen en la JR. Adoptar sus postulados, en todo aquello que respete los derechos de las personas, las garantías penales, la prevención general y la especial, puede contribuir a la evolución de nuestro Derecho penal hacia un modelo de actuación ante el delito, que sea más humano, más plural, más satisfactorio para las personas y para la sociedad en general, con vocación de ser más útil y menos punitivo.

CAPÍTULO VI.

LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como veíamos en el capítulo anterior, alguna corriente, dentro de la JR, ha defendido que la mediación y los demás métodos de JR deben mantenerse al margen del sistema penal, para diferenciarse y no repetir sus mismos rasgos característicos y deficiencias. Frente a esta corriente minoritaria, actualmente puede considerarse que la mayoría de los autores están en la línea defendida por MARSHALL¹ que sostiene la necesidad de que la JR se integre y complemente el sistema penal. Este mismo autor advierte de los peligros de que los procesos restaurativos se vean contaminados por su contacto con el sistema judicial, aunque asume que no pueden ser concebidos como dos sistemas independientes, por lo que la JR debe integrarse con la justicia criminal y complementarla en todos aquellos aspectos en que sea posible y útil. Se superan así algunas de las primeras formulaciones, que proponían a la justicia restaurativa como alternativa al sistema penal sosteniendo, por el contrario, que se trata de un proceso complementario que mejora la calidad, efectividad y eficiencia de la justicia en su conjunto. SILVA SÁNCHEZ se pronuncia a favor de dicha complementariedad y no de alternativa en todos los casos de delitos (exceptuando los delitos leves, en que sí podría llegar a ser una alternativa, dejando al margen la vía penal). Este autor considera la “*capacidad de rendimiento*” de la justicia restauradora o restaurativa actuando de forma complementaria a la intervención del Derecho penal, siempre que éste lo permita. Este mismo autor defiende la necesidad de la JR como complemento en distintos casos, ya sea en los supuestos ordinarios de condena del autor, como también cuando éste sea absuelto por excluirse la necesidad jurídica de la pena, pese a concurrir en su conducta un injusto culpable que lo haría merecedor de la pena. Especialmente será necesario, según dicho autor, un complemento restaurativo en

¹ MARSHALL, T., “*Restorative Justice*”, cit., pp. 2 ss.

aqueellos casos en que se excluya la pena en virtud de indulto², lo que puede considerarse que repercutiría en favor de la víctima en tales casos.

Ha quedado de manifiesto que la mediación es uno de los métodos más utilizados dentro del paradigma de la JR y por tanto responde a unos mismos objetivos y se inspira en una filosofía y unas características comunes a todos los métodos integrados en el marco de la JR. Como señala CUADRADO en España se utiliza, en el marco penal, la denominación “mediación penal” de forma equivalente a la expresión inglesa “*Victim Offender Mediation*” (VOM) como uno de los métodos de JR³. A mi juicio, posiblemente sería más adecuado utilizar la expresión “mediación en el ámbito penal” u otra similar. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la mediación no es precisamente la de castigar, sino la de propiciar un posible acuerdo, en este caso, sobre las consecuencias del delito y que esté orientado especialmente a la reparación de la víctima.

La mediación, en general, como método de intervención y gestión de conflictos, consiste en crear un espacio de comunicación en el que las distintas partes de un conflicto, con la ayuda de un tercero, se implican en un proceso dialógico orientado a buscar soluciones y respuestas compartidas a las consecuencias de ese conflicto. Un espacio en el que, además cuando se trata del ámbito penal, se va a poder cumplir un aspecto muy importante que destaca ALLER: que el victimario pueda personalizar y valorar el daño que ha causado⁴.

O como subraya ZEHR, se brinda a los participantes la oportunidad de explorar hechos, sentimientos y resoluciones, animándolos a compartir historias, hacer preguntas, expresar sentimientos y a esforzarse para alcanzar resultados aceptables para todos⁵. Como señala TAMARIT SUMALLA, con carácter general, la mediación puede definirse como un proceso consensual o autocompositivo⁶. Víctima y ofensor inician un diálogo facilitado por un tercero, aspirando a restablecer el equilibrio roto por el delito, favoreciendo unas

² SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- UPB*, vol 47, núm. 127, Medellín, 2017, p. 496.

³ CUADRADO, C., “La Mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?”, *RECPC*, núm. 17- 01, 2015, p. 2.

⁴ ALLER, G., *El Derecho penal*, cit., p. 81.

⁵ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 55.

⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia Restaurativa*, cit., p. 17.

relaciones interpersonales y una convivencia social basada en la cooperación y en el respeto mutuo.

La mediación, en general, tiene unos principios propios aplicables, inicialmente, a los conflictos surgidos en todos los ámbitos de las relaciones interpersonales: la voluntariedad en la participación, la confidencialidad de su contenido, la imparcialidad y la neutralidad del mediador, el equilibrio entre las partes y la buena fe en la puesta en práctica de la mediación. De todas formas, cuando el conflicto tiene naturaleza penal, el proceso de mediación adquiere unos matices propios que lo diferencian de la mediación que se practica en otros campos (familiar, mercantil, comunitario, etc.). En estos casos, el conflicto puede ser constitutivo de delito, tipificado según el Derecho penal, que prevé una respuesta de tipo penal, si se verifica su comisión, a través del correspondiente proceso o bien ya ha sido juzgado y sentenciado como tal, si la mediación se aplica post sentencia.

AYORA MASCARELL / CASADO CORONAS, en referencia a los programas de mediación en el ámbito penal de Cataluña, señalan que su rasgo principal y común, en adultos o jóvenes, es que se inspiran en los principios y valores de la JR, lo que puede predicarse de todos los programas de este tipo. Se concibe el hecho delictivo como una actuación que daña a las personas y a las relaciones, y, por ello, se entiende la mediación como un espacio de diálogo dirigido a la reparación a la víctima y a la responsabilización del infractor⁷.

Según SUBIJANA ZUNZUNEGUI, lo fundamental de la mediación está en que las partes, de forma dialogada, pueden poner en común sus inquietudes y sus intereses para construir una respuesta conjunta que pacifique el conflicto⁸. La Recomendación R (99)19 del Consejo de Europa define la mediación en el ámbito penal como *“todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente lo consienten,*

⁷ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., *La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: el análisis de la situación y propuestas de futuro*, CEJFE, Barcelona, 2017 (en línea: http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2017/mediacio-penal-cat/mediacion_penal_cataluna.pdf), p. 8.

⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.I., en ORDEÑANA GEZURAGA, I. / URIARTE RICOTE, M. (Coords), *Justicia en tiempos de crisis*, cit., p. 72.

en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente” (el mediador)⁹. En el preámbulo de la mencionada Recomendación, se califica la mediación como *“una opción flexible, basada en la resolución del problema y la implicación de las partes, ya sea como complemento o como alternativa al procedimiento penal tradicional”*. Una de las grandes ventajas de la mediación aplicada al ámbito penal, como subraya ALLER es que, al igual que la conciliación y la reconciliación, y a diferencia del sistema penal tradicional, se *“junta, pero no se enfrenta a los dos protagonistas del drama criminal: el victimario y la víctima”*¹⁰.

Si se pretende que la mediación alcance una función efectiva en un determinado sistema penal, deberá en primer lugar analizarse las características del marco penal en el que pretende incidir. Es básico tener en cuenta, tanto las concretas acciones consideradas delictivas, como los instrumentos jurídico-penales y procesales que le pueden brindar esa capacidad de actuación dentro del sistema y la posibilidad de reconocimiento y otorgamiento de consecuencias jurídicas al resultado de su aplicación. Todo ello sin olvidar la importancia de la formación y el encuadre de los profesionales que deben desarrollar esos programas y los organismos o instituciones en los que la mediación puede integrarse, colaborar o a los que puede complementar para alcanzar unos objetivos comunes. Por ejemplo, en el cumplimiento de condena privativa de libertad, la colaboración con las Instituciones Penitenciarias puede facilitar el ofrecimiento de la opción de la mediación a los internos que presenten determinadas características que previamente se especifiquen¹¹.

La mediación voluntaria llevada a cabo por un preso y su contacto con el sufrimiento o el temor vivido por la víctima, además de suponer un beneficio para la víctima que quiera participar, puede incentivar en el sentenciado una reflexión acerca de su propia conducta y las consecuencias que tal conducta ha tenido, no solo sobre sí mismo, sino también

⁹ La Recomendación número R 99 (19) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en materia penal, establece los principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal en sus respectivos ordenamientos.

¹⁰ ALLER, G., *El Derecho penal*, cit., p. 81.

¹¹ MONTERO HERNANZ, T., “Pasado presente y futuro del Sistema penitenciario. La mediación penitenciaria” Valladolid, 2012, (en línea: www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2746), pp. 1 y 4.

sobre los demás. Este camino de reflexión y de responsabilización activa, junto a la posibilidad de reparar por sí mismo, aunque sea en parte esas consecuencias, puede contribuir a un proceso de maduración personal, rehabilitación y reinserción social real. Esta introspección puede ser más efectiva que cualquier pena que, es vivida muchas veces, como una mera imposición de fuerza, ante la que puede adoptarse una actitud reactiva frente al sistema, ignorando o incluso denostando a la víctima, para justificar su actuación delictiva.

Desde otra perspectiva, las partes tienen unos papeles diferenciados que les otorga el propio Derecho penal: el de víctima/acusado o denunciante/denunciado. Ello no impide que, en algunos casos, sobre todo en delitos leves, las dos partes se sienten igualmente víctimas de la situación, aunque formalmente pueda adquirir ese papel, quien ha denunciado primero. Este primer denunciante, a su vez, puede luego también ser denunciado, dando pie a denuncias cruzadas, en las que ambas partes son víctimas y acusados en dos procedimientos judiciales distintos surgidos de un único conflicto. Por ello conflicto y delito, son dos términos, que a veces se utilizan indistintamente, pero que generalmente no son equivalentes. En este sentido, un mismo conflicto, puede dar lugar a varios hechos considerados o denunciados como delictivos con identidad propia cada uno de ellos. El caso más usual sería el relativo a los conflictos entre vecinos en los que el conflicto es uno, provocado muchas veces por desavenencias, antipatías o discrepancias personales, pero las denuncias surgidas de ese conflicto pueden llegar a ser múltiples (coacciones, amenazas, lesiones, allanamiento de morada...).

En base al mencionado principio básico de voluntariedad, para que la mediación pueda iniciarse, ambas partes han de estar de acuerdo de forma totalmente libre y la parte que aparece como ofensor ha de reconocer algún tipo de intervención o de responsabilidad en los hechos que han dado pie al acto delictivo. Este reconocimiento, no ha de corresponder necesariamente de forma exacta con la acusación, ya sea privada o pública, sino que basta algún tipo de reconocimiento de participación en el desencadenamiento de la situación o de responsabilidad en los hechos o en el daño causado y la voluntad de compensar, reducir o minimizar ese daño de alguna forma. En todo caso, como argumenta SUBIJANA ZUNZUNEGUI, participar en la mediación no ha de implicar que se admita o se niegue el

hecho, sino la significación jurídica del hecho, es decir, ha de producirse un reconocimiento de los “*elementos fácticos básicos del caso*”¹². Pero no es necesario el reconocimiento de la tipificación jurídica que realiza la acusación privada o pública, con lo cual no se desvirtúa el principio de presunción de inocencia. En definitiva, se reconoce la participación en el hecho lesivo y que se produjo algún tipo de daño a la víctima que se pretende reparar a través de la mediación, pero sin que ello signifique necesariamente aceptar, de forma íntegra, el tipo jurídico que formula la acusación.

La mediación ofrece a las partes la posibilidad de participar en el proceso de decisión acerca de las consecuencias derivadas del delito. Favorece la reinserción real del victimario, estimulando el posible inicio de un cambio, a la vez que respeta los derechos de la víctima mediante el reconocimiento de su capacidad para tomar decisiones en situaciones que le afectan de forma directa. Como destacan MARTÍN/CANO/DAPENA “*la mediación es una respuesta responsabilizadora y con perspectiva constructiva (los mismos afectados valoran el conflicto y el daño producido y deciden la reparación más satisfactoria, según sus necesidades y posibilidades) teniendo en cuenta el marco legal*”¹³. Se destaca también su potencial preventivo al focalizarse, no tanto en el hecho pasado como en el establecimiento de compromisos de futuro que tengan una incidencia positiva en la mejora de la convivencia ciudadana. Según DAPENA, la mediación en el ámbito penal es una opción que se inserta dentro de un modelo de justicia que ve al infractor como un sujeto con capacidad de afrontar, por voluntad propia, la responsabilidad de sus acciones en relación con el conflicto y a quien es necesario confrontar con las normas sociales y penales, respetando, en todo caso, sus derechos y garantías¹⁴.

Estamos ante un modelo que se plantea la adecuación, siempre que sea posible, de las respuestas de la justicia a la situación concreta del sujeto infractor, partiendo del pleno

¹² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.I., en ORDEÑANA GEZURAGA, I. / URIARTE RICOTE, M. (Coords), *Justicia en tiempos de crisis*, cit., p. 77.

¹³ MARTÍN, J. / CANO, F. / DAPENA, J., en CASANOVA, P. / MAGRE, J. / LAUROBA, E. (Dirs.), *El Libro Blanco*, cit., p. 657.

¹⁴ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA, MÉNDEZ J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 2 ss.

respeto a los derechos de la víctima y permitiendo una participación personal activa de la víctima, del victimario y de todos aquellos considerados como partes.

2. EL MEDIADOR COMO AGENTE ESENCIAL

La persona mediadora tiene un papel fundamental en el correcto desarrollo de la mediación y en la preparación de un ambiente favorable para el encuentro, pero a la vez su función es instrumental, ya que actúa como facilitador de un diálogo comprensivo y reparador entre los participantes, careciendo de todo protagonismo, reservado para las partes, que dan contenido y sentido a la mediación. La mayoría de los autores como DÍEZ / TAPIA y otros muchos, señalan que la mediación es básicamente un proceso de comunicación y el mediador ha de saber utilizarla como herramienta fundamental en el desarrollo de su labor¹⁵. Por lo tanto, su formación en habilidades comunicativas, en técnicas para fomentar una adecuada relación comunicativa y para superar los bloqueos en la interacción es fundamental. BARONA VILAR destaca del mediador su condición de tercero ajeno al conflicto que reúne a las partes y facilita el intercambio de información. Siendo una parte muy importante de su labor fomentar el tránsito desde la desconfianza inicial a la participación y colaboración en el desarrollo de la mediación¹⁶. PARKINSON recuerda que dentro de la comunicación el lenguaje es uno de sus principales recursos y el mediador ha de disponer de habilidades especiales en este ámbito¹⁷. Además, el lenguaje puede mover emociones y las palabras inducen diversos estados de ánimo: exacerbar, tranquilizar o hacer reflexionar¹⁸. Más allá del lenguaje, la comunicación no verbal es también esencial. Algunos expertos cifran esa comunicación gestual y corporal en un 93 % del acto comunicativo¹⁹.

¹⁵ DÍEZ, F. / TAPIA, G., *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, Buenos Aires, 2015, p. 31.

¹⁶ BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, R d D, Universidad Católica del Norte, sección ensayos, núm. 1, 2011, p. 205.

¹⁷ PARKINSON, L., *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa, 2012, p. 115.

¹⁸ PARKINSON, L., *Mediación Familiar*, cit., pp. 115 ss.

¹⁹ LÓPEZ PÉREZ, R., “El 93 % de la comunicación es No Verbal...¿Mito o realidad?”, ed. LETICIA MORENO, Fundación Universitaria Behaviour and Law. Según este autor, siguiendo “la regla de 7% -38% -55%”, se considera que el 7 % de la información transmitida se atribuye a las palabras, el 38 % a la voz, (entonación, proyección, tono...) y el 55 % al lenguaje corporal (gestos, posturas, movimientos...) (en línea: <https://www.comportamientonoverbal.com/clublenguajenoverbal/el-93-de-la-comunicacion-es-no-verbal-mito-o-realidad-club-lenguaje-no-verbal/>).

A través de este proceso de comunicación y según BARONA VILAR, el papel del mediador ha de dirigirse a favorecer que las personas traten de hallar un acuerdo entre ellas que sea favorable para todos, o al menos mutuamente aceptable²⁰. De su intervención depende, muchas veces, aminorar la hostilidad recíproca o unilateral existente, pasando de la confrontación a la colaboración²¹. En opinión de REDORTA, a pesar de vivir en la sociedad de la información los niveles de incompreensión entre las personas, no solo crecen, sino que se hacen más agudos, podemos hablar el mismo lenguaje, pero no llegar a comprendernos²². Partiendo de estas dificultades de comprensión, la persona mediadora ha de esforzarse por acoger con empatía, con actitud abierta y comprensiva a las personas que son parte de la mediación, con sus distintos criterios y percepciones, evitando censurar o mostrar prejuicios hacia ellas, también hacia el victimario

Ciertamente, las personas que atraviesan un conflicto y más si son víctimas de un delito, viven la situación con disgusto, con rabia, con tristeza, con dolor, a veces incluso con incredulidad (“¿cómo puede haber sucedido esto? ¡Y tenía que pasarme a mi!”). La combinación de emociones, la rigidez o la extrema sensibilización con la que pueden reaccionar los mediados hacen aconsejable que el profesional mediador esté capacitado para abordar adecuadamente también los aspectos emocionales que condicionan de forma evidente el desarrollo de su labor. El mediador ha de estar preparado para afrontar reacciones a veces inesperadas y para llevar a cabo actuaciones de apoyo, de refuerzo, de contención y de motivación participativa. En todo caso ha de procurar tener una visión integral, holística, comprensiva del conjunto de emociones, experiencias y sensaciones provocadas a raíz de la situación porque están muy presentes en el espacio de la mediación, ya se manifiesten de forma evidente o no.

Es fundamental que la persona mediadora realice su función con determinadas garantías de actuación profesional idónea y bajo parámetros éticos. No se trata de garantizar resultados que, en ningún caso pueden asegurarse, ya que los protagonistas son libres de

²⁰ BARUCH BUSH, R.A. / FOLGUER, J.P., *La promesa de la mediación*, Granica, 1996, p. 21.

²¹ BARONA VILAR, S., “Mediación penal como instrumento restaurativo de las víctimas”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables, en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 457 ss.

²² REDORTA LORENTE, J., *Conflict management. Ciencia aplicada a la gestión del conflicto*, Almuzara, Córdoba, 2016, p. 27.

tomar sus propias decisiones más allá de la acertada, o no, labor de la persona mediadora, sino de garantizar una actuación profesional oportuna y orientada a los fines propios de la mediación. Estos argumentos y otros que se irán desgranando, ponen en evidencia la necesidad de dotarse de las herramientas formativas imprescindibles en aras de interactuar adecuadamente con las partes y de realizar una labor de conjunto satisfactoria. En este aspecto ROSALES ÁLAMO / GARCÍA VILLALUENGA hacen incapié en la importancia de la formación en la persona del mediador que debe ser altamente especializada, interdisciplinar y conjugar, de forma equilibrada, teoría y práctica. Además, ha de contener temáticas de “*carácter jurídico, psicológico y de gestión de conflictos*” y contribuir a desarrollar determinadas competencias académicas en función de su labor. Estos autores recuerdan la importancia de fomentar una cultura en mediación que sea “*rigurosa y académica, fundamentada en el conocimiento científico de las ciencias sociales, de la ciencia jurídica y de la psicología*”²³.

VARONA MARTÍNEZ entiende al respecto que “*deben asegurarse unos estándares adecuados de selección, formación, apoyo y evaluación del personal que conforman los servicios*”. Esta autora opina que entre los profesionales que atienden estos servicios deben encontrarse representados diferentes perfiles sociodemográficos teniendo en cuenta la edad, el género, el origen migratorio, etc. Además de reunir determinadas competencias como el conocimiento del sistema penal, derechos y necesidades de víctimas e infractores, a su juicio, deben poseer un buen conocimiento y entendimiento de las comunidades y culturas locales en las que trabajan; manejar adecuadamente técnicas de comunicación y diálogo; comprender y manejar bien los aspectos emocionales, la escucha activa y el lenguaje asertivo que comprende sin juzgar. Es fundamental también que puedan llevar a cabo una actuación objetiva, teniendo consciencia y controlando los propios prejuicios. Al mismo tiempo, han de saber trabajar en equipo de forma coordinada y colaborativa con otros mediadores, operadores jurídicos y agentes sociales. Han de estar preparados para ayudar en la concreción de los acuerdos de reparación de forma creativa y flexible, apoyando la consecución de compromisos que sean realistas, razonables y respetuosos con los derechos de los participantes. Finalmente, como destaca la citada autora, es muy importante que la persona mediadora disponga de

²³ ROSALES ÁLAMO, M. / GARCÍA VILLALUENGA, L., *Las competencias*, cit., pp. 31 s.

los conocimientos y criterios técnicos necesarios para seleccionar la metodología restaurativa más adecuada para cada caso en función también del momento en que se encuentra el caso²⁴.

Por otra parte, en el ámbito penal, llevar a cabo una labor mediadora imparcial y empática hacia las dos partes, no implica, como señala SEGOVIA BERNABÉ, justificar las conductas lesivas de los bienes y derechos ajenos, ni la equidistancia del mediador, ya que uno actuó como infractor y el otro fue víctima del delito cometido. En el plano axiológico o de los valores, no es posible la equiparación de ambas conductas, ni la justificación de conductas lesivas hacia los derechos ajenos²⁵. En este entorno y pese a las dificultades descritas, la persona mediadora ha de ser capaz de crear un clima de confianza y honestidad que facilite la comunicación, la expresión respetuosa de las respectivas vivencias y ponerse en el lugar del otro. Debe generarse, tanto hacia la víctima como hacia el victimario esa necesaria confianza en la mediación como sistema y en la propia labor del mediador. Sin ese mínimo marco de confianza no será posible abrir un diálogo sincero ni avanzar en mediación. Según el mismo SEGOVIA BERNABÉ, la honestidad personal del facilitador o mediador es la primera herramienta de trabajo y es fundamental para promover la confianza de los participantes en los encuentros.

En las diferentes experiencias prácticas, las partes, de forma unánime, reconocen que la confianza que les merece la persona facilitadora es determinante para acceder a participar en estos procesos²⁶. Evidentemente para generar esta confianza, cuya importancia subrayan también otros muchos autores como DÍEZ / TAPIA²⁷, es necesario que la persona mediadora disponga de una mínima experiencia y, de la ya aludida formación adecuada que le permita conocer las características del entorno penal, las estrategias y técnicas mediadoras aplicables y asumir los retos y la responsabilidad que implica su función mediadora con unas mínimas garantías de buena praxis. Por ello en la mayoría de los países se requiere una formación inicial específica en mediación y una formación continua que

²⁴ VARONA MARTÍNEZ, G., *Justicia Restaurativa*, cit., pp. 106-108.

²⁵ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., pp. 3 s.

²⁶ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., p. 27.

²⁷ DÍEZ, F. / TAPIA, G., *Herramientas para trabajar en mediación*, cit., pp. 35 ss.

avale sus actuaciones y le permita actualizar sus conocimientos. CHAPMAN defiende que las prácticas restaurativas en general han de cumplir con estándares de alto nivel, por ello también considera importante que los profesionales trabajen para lograr una elevada calidad en su puesta en práctica²⁸.

Algunos países como Noruega disponen de programas a nivel municipal en los que las pequeñas infracciones comunitarias o vecinales pueden gestionarse por ciudadanos voluntarios no profesionales, previamente seleccionados y formados por el propio organismo responsable y cuya actuación es supervisada por mediadores expertos. Hace unos años surgió en Europa la polémica acerca de cuál podía ser el modelo más adecuado de funcionamiento para los Servicios de Mediación que distinguía entre la gestión realizada por mediadores especializados o la llevada a cabo por mediadores voluntarios de la propia comunidad. Como señala TAMARIT SUMALLA, a pesar de que algunas experiencias de mediación se han llevado a cabo con voluntarios o miembros de la comunidad entrenados, existe una corriente de opinión que sostiene la necesidad de “*profesionalizar la figura del facilitador, como garantía de calidad, fiabilidad y validación institucional del proceso*”²⁹. Realmente la figura del mediador o facilitador es fundamental, ya que, como tercero imparcial conduce el proceso, facilita el diálogo entre las partes y explora su capacidad y disponibilidad para participar de forma activa.

Por ello, parece que dicha polémica se está zanjando, últimamente, a favor de encomendar la gestión de la mediación a mediadores profesionales especializados. Personas que han de estar debidamente preparadas para afrontar las exigencias y la responsabilidad propia de la función que van a desarrollar y que son suficientemente conocedoras del concreto entorno penal, sus características y su marco normativo. Se exceptúan de esta tendencia algunos servicios de mediación, no tanto de ámbito penal sino comunitario, que pueden contar con algunos voluntarios, previamente seleccionados y formados en herramientas básicas de mediación, para atender conflictos menores (que podrían ser calificados como delitos leves) de escasa gravedad, fruto mayoritariamente, de discrepancias en la convivencia vecinal.

²⁸ CHAPMAN, T., “La Justicia Restaurativa en Europa”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dir.) *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 35.

²⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., p. 16.

SEGOVIA BERNABÉ recuerda, por otra parte, que cada persona es diferente y se aproxima al encuentro restaurativo o a la mediación con un bagaje personal y expectativas diferentes. Por ello, una de las tareas más delicadas que ha de llevar a cabo el mediador es personalizar cada mediación y hacer posible que la generosidad de la víctima y el arrepentimiento del infractor “*confluyan de manera fecunda*” para ambas partes³⁰. Una adecuada formación de la persona mediadora facilitará mucho la necesaria comprensión del caso y la adaptación a las necesidades y circunstancias de sus protagonistas. Como señala RÍOS MARTÍN, “*no es el portador de la paz. Tampoco el protagonista, sino un instrumento para que la paz pueda ser posible; la de los que tiene enfrente y la que necesita consigo mismo*”³¹.

Un tema debatido es el que hace referencia al contenido que la persona mediadora aborda dentro del espacio de la mediación junto a las partes. Sobre este punto MANOZZI distingue entre mediar en un delito, mediar en un hecho y mediar en un conflicto. Esta autora considera que no es posible mediar en un delito, ya que no puede negociarse el contenido del precepto penal (aunque una de las consecuencias de la mediación puede ser una modificación en la cualificación jurídica que defenderán los abogados del victimario). La definición penal del conflicto no está, por tanto, en discusión ya que viene establecida por el ordenamiento³². FRANCÉS LECUMBERRI siguiendo a MANOZZI considera que tampoco se puede afirmar que sea el hecho penal lo que se media, ya que las partes suelen estar en desacuerdo no sobre la existencia del hecho (lo que supondría que la mediación no tendría sentido, al negar la propia existencia del hecho), sino sobre su significado. En la mediación las percepciones y vivencias subjetivas son claves y cada parte expresa su propia perspectiva³³. Por ello, tanto MANOZZI como FRANCÉS LECUMBERRI concluyen que lo que se media es precisamente el conflicto, porque va más allá de la dimensión meramente procesal o penal del hecho en sí mismo³⁴. La valoración y la significación del conflicto penal que trabaja la persona mediadora junto a las partes depende de los

³⁰ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., pp. 1-2.

³¹ RÍOS MARTÍN, J.C., *Biografía de la reconciliación*, cit., p. 51.

³² MANOZZI, G., “*L’oggetto de la mediazione: Conflitto, fatto o reato?*”, *Dignitas Percorsi di Carcere e di Giustizia*, núm. 7, 2005, pp. 61 ss.

³³ FRANCÉS LECUMBERRI, P., “*La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la Víctima de delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?*”, *RECC*, núm. 3, 2018, p. 24.

³⁴ FRANCÉS LECUMBERRI, P., *RECC*, núm. 3, 2018, pp. 25-26.

diferentes puntos de vista sociales, experiencias, vivencias y perspectivas tanto del autor como de la víctima.

3. BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN PARA EL CONJUNTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, LA VÍCTIMA Y EL VICTIMARIO

3.1. Beneficios genéricos de la mediación en la jurisdicción penal

En el ámbito del Derecho penal la mediación no puede considerarse un fin en sí misma, sino que actúa como un procedimiento instrumental que facilita la obtención de objetivos importantes, para la víctima, para el ofensor y para la propia comunidad. Como destaca GONZÁLEZ RAMÍREZ, entre los valores más preciados del sistema jurídico está el acceso a la justicia de todas las personas sin importar su condición. La mediación como método de JR puede considerarse precisamente uno de los medios más acordes a la realidad y a las necesidades de las personas para facilitar un acceso real a la justicia³⁵. El auténtico beneficio para la sociedad no reside en encerrar y criminalizar a una parte de sus propios miembros, sino en conseguir una convivencia justa, pacífica y satisfactoria para todos. Como destaca ALLER, se puede recurrir a la mediación penal como forma de regular e incluso solucionar conductas delictivas de menor cuantía, que pueden ser “*solucionables sin el devastador peso de la sanción penal*” que representa muchas veces la apropiación del conflicto y la negación fáctica de la reparación a la víctima³⁶.

JOHNSTONE explica que los programas que ofrecen una rápida y relativamente barata forma de trabajar con las consecuencias de los delitos interesan más a los gobiernos que las estrategias que tienen el costoso y ambicioso objetivo de crear condiciones sociales necesarias (por ejemplo, revitalizar el sentido de sociedad, potenciar vínculos comunitarios...) en las cuales la JR debe operar y cuyos resultados aparecen a largo plazo³⁷. Por ello, observando las experiencias de distintos países, vemos que los programas que se ciñen a la reacción punitiva inmediata ante el delito cometido se

³⁵ GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X., “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, en RJR, Sociedad científica de Justicia Restaurativa, núm. 2, marzo, 2012, p. 5.

³⁶ ALLER, G., *El Derecho penal*, cit., p. 79.

³⁷ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., p. 19.

desarrollan de forma más rápida y se les asignan más recursos que aquellos programas de largo recorrido, que se dirigen a hacer revivir o recuperar “distritos o comunidades muertas”. Aunque a la larga son precisamente estos últimos los que garantizan una mayor eficacia preventiva. Se trata de potenciar nuevas formas de reacción amparadas por el propio Derecho penal, que no estigmaticen ni refuercen diferencias, sino que busquen intereses comunes y favorezcan la convivencia y la prevención positiva del delito³⁸. Alentar positivamente lo que BRAITHWAITE llama “*creatividad democrática*” en la búsqueda e investigación de nuevos y mejores “*remedios*” ante el delito, beneficia a toda la sociedad³⁹.

GONZÁLEZ RAMÍREZ señala que incorporar opciones mediadoras permite avanzar hacia un sistema que contemple el uso de mecanismos colaborativos que actúen como complemento del sistema judicial y que aporten soluciones más integrales a los conflictos⁴⁰. Si con la puesta en práctica de estos programas se consigue que el elevado número actual de personas que entran en la cárcel se reduzca, sin que la seguridad ciudadana se vea comprometida, a parte de los costes personales, estaremos ganando recursos públicos que pueden aplicarse a otras necesidades sociales. Sería muy útil que este ahorro presupuestario revirtiese en proyectos de apoyo a las familias con dificultades y de revitalización de los barrios más depauperados en los que prolifera la delincuencia ya desde edades muy tempranas. Sin duda, esa inversión en necesidades estructurales, a medio o largo plazo, tendría efectos de prevención del delito. De todas formas, como afirma JOHNSTONE, lo que puede transmitirse a los gobiernos como seguro, es que la JR y sus métodos suponen un uso más beneficioso, eficiente y racional de los recursos públicos⁴¹.

Es evidente que permite un mayor acercamiento, humanización y adaptación del sistema penal a las necesidades reales y específicas de las personas y de la comunidad implicada en cada caso concreto, favoreciendo el restablecimiento de la paz social. En este sentido BARONA señala que tanto EEUU como Alemania son claros exponentes de la mediación

³⁸ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 3 ss.

³⁹ BRAITHWAITE, J., “*Thinking harder about democratising Social Control*”, *Family Conferencing and Juvenile Justice: The way Forward or Misplaced Optimism*, Canberra, 1994, pp. 199-216.

⁴⁰ GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X., *RJR*, núm. 2, marzo, 2012, p. 7.

⁴¹ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., p. 79.

como técnica para promover la paz social, desde el punto de vista penal. En EEUU el movimiento de la ADR (*Alternative Dispute Resolution*) impregna todo el sistema, mientras que en Alemania resulta especialmente destacable su evolución, ya que partiendo de la mediación en el ámbito del Derecho de familia y dadas las ventajas que allí se detectaron, se extrapoló al mundo de la delincuencia juvenil. BARONA VILAR destaca que en Alemania hay estudios que han puesto de manifiesto las carencias derivadas de la imposición de la pena como sanción, carencias que han estimulado la búsqueda de otras alternativas como la mediación⁴².

Por tanto, los beneficios de la mediación, respecto al conjunto del sistema de justicia penal son diversos, entre ellos cabe destacar, aunque sea de forma resumida, los más significativos:

1º. En primer lugar, mencionar una aportación importante como supone desarrollar una fórmula que en algunos casos pueda funcionar como alternativa y en otros como opción complementaria al proceso penal tradicional, que facilite una mejor adaptación a las circunstancias concretas de cada persona, caso y situación. Estaremos ante una fórmula alternativa cuando la mediación suponga optar por una vía diferente al proceso judicial. Por ejemplo, en una discusión entre vecinos en la que se han proferido amenazas leves, si el conflicto es atendido por los profesionales de un Servicio de Mediación comunitaria y las partes llegan a un acuerdo, la parte que se sintió amenazada no interpondrá ya una denuncia y por tanto el caso no entrará en la vía judicial. Por el contrario, actuará de forma complementaria en un caso que ya está judicializado y es derivado a mediación por el Juez.

2º. En segundo lugar, es importante, devolver el protagonismo a las personas que han vivido el delito y que así asumen también un papel activo en su resolución. La posibilidad de participar en el proceso decisorio sobre al menos parte de las consecuencias vinculadas

⁴² BARONA VILAR, S., “Mediación penal como instrumento restaurativo de las víctimas ¿En todo caso y para todas las víctimas?”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 457-482.

al delito, potencia, sin duda, el sentimiento de ser reconocidos por los demás y por el propio sistema como personas con habilidad y capacidad suficientes para adoptar decisiones importantes.

3°. Un tercer beneficio destacado supone garantizar que los procesos de reparación y solución de conflictos sean respetuosos con los derechos, garantías e intereses de los implicados, que tengan como resultado acuerdos reparadores satisfactorios para la víctima y libremente asumidos por ambas partes⁴³.

4°. En cuarto lugar, reforzar el valor de las normas es otro de los objetivos que puede facilitar la mediación y no tanto por su poder coactivo, sino por asumirse como necesarias para garantizar una convivencia en paz, en igualdad de respeto y con el reconocimiento de los derechos que corresponden a todos como ciudadanos. Se trata, por tanto, de normas, que además facilitan procesos participativos, como la mediación, que hacen posible que las personas puedan adoptar decisiones sobre situaciones que viven y padecen. En este aspecto, la mediación aporta un acercamiento de la justicia a los ciudadanos y posibilita la puesta en práctica de formas más participativas, que ofrezcan respuestas menos estandarizadas, más adecuadas y útiles a las necesidades reales de cada caso concreto.

5°. En quinto lugar, hay que destacar el beneficio que supone la oportunidad de crear un espacio en el que sea posible la comunicación positiva entre las personas, que permita abordar, si existen, problemas subyacentes o incluso fallos en la comunicación que pudieron ser detonantes en la producción del delito. Este espacio de diálogo puede además, estimular una reflexión de las partes sobre la realidad familiar o social en la que se han producido los hechos. De esa reflexión pueden surgir cambios que tengan eficacia preventiva. Vinculado a este valor estaría el de restablecer la paz y el equilibrio entre los protagonistas del delito. Es un objetivo de especial importancia en el caso de conflictos

⁴³ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, p. 19.

de convivencia entre personas que comparten un mismo entorno familiar o vecinal, en aras de potenciar una convivencia pacífica y solidaria⁴⁴.

6°. En sexto lugar, implantar un proceso más cercano a la cultura y costumbres de las personas afectadas, por ello pueden ofrecer respuestas más adaptadas a las necesidades derivadas de la convivencia en cada lugar, sus inputs culturales y las particularidades de cada situación⁴⁵. El diálogo y la comunicación, que son la base de la mediación, pueden ayudar a armonizar esas relaciones alteradas que han dado lugar al conflicto y al delito, restableciendo lazos convivenciales, fomentando la comprensión del otro, el respeto hacia la diversidad y evitando la repetición de nuevas situaciones delictivas. Supone, también, por tanto, proporcionar instrumentos con virtualidad pedagógica a la sociedad para que desarrolle sus propios mecanismos de prevención positiva y gestión constructiva de los conflictos⁴⁶. En consecuencia, la mediación puede potenciar unas relaciones sociales no violentas y promover la construcción del sentido de comunidad integradora, no poniendo tanto el acento en el hecho delictivo pasado como en el establecimiento de compromisos de futuro. Autores como BONAFÉ-SCHMITT enfatizan precisamente el valor de contribuir a la reconstrucción del vínculo social⁴⁷.

7°. Finalmente, la mediación permite además, reformular el propio sistema penal desde la víctima y la satisfacción del daño concreto padecido y también desde los intereses de la comunidad, reforzando sus valores⁴⁸ que no pueden ser ajenos a la rehabilitación y reinserción social del infractor en tanto objetivo social y jurídico. Supone ofrecer una opción responsabilizadora y no estigmatizadora con innegables efectos positivos de futuro, tanto preventivos frente a la comisión de nuevos delitos y, consiguientemente, beneficiosos para el conjunto de la sociedad, como resocializadores y, en consecuencia, útiles para el propio autor del delito.

⁴⁴ Estas personas y sus familias van a continuar relacionándose y coincidiendo en el futuro, por tanto, cuanto más fluidas y pacíficas sean esas relaciones, más se contribuye a mejorar la convivencia y a evitar la reiteración de hechos similares

⁴⁵ GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X., RJR, núm. 2, marzo, 2012, p. 6.

⁴⁶ REDORTA LORENTE, J., *Conflict management*, cit., pp. 41 ss.

⁴⁷ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France*, cit., p. 23.

⁴⁸ WACHTEL, T., Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, IIRP Graduate school, 2013., p. 1.

En definitiva, como señalan VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ en base a su aplicación práctica, se deduce que las ventajas que conllevan los programas de mediación al igual que el resto de los programas de JR superan a sus posibles inconvenientes, ya que en muchos casos pueden ser más eficaces que la aplicación de la justicia tradicional, tanto desde la perspectiva de satisfacción de los usuarios como en términos de reducción de la reincidencia⁴⁹.

3.2. Beneficios específicos de la mediación respecto a la víctima

Según ZEHR, “*La retribución persigue enderezar la balanza rebajando al ofensor al nivel al que la víctima ha sido reducida. Trata de derrotar al causante del daño anulando su pretensión de superioridad y confirmando el sentido del valor de la víctima. La restitución, en cambio, pretende elevar a la víctima a su nivel anterior*”⁵⁰. JOHNSTONE afirma, por su parte, que no importa cuanto sea reforzada la posición de la víctima, en el sistema penal, sus intereses quedan necesariamente en segundo lugar, ante el preponderante interés público representado por el Estado⁵¹. Por ello, algunos de los especialistas defienden, que para reivindicar de forma eficaz las necesidades de la víctima, es necesario abandonar la justicia punitiva a favor de la JR⁵².

Si contemplamos el delito, no como una ofensa contra la sociedad, sino como una ofensa de una persona contra otra, resulta menos obvio que lo que se requiere para restaurar el equilibrio sea el castigo del ofensor. La deuda del ofensor no es con el Estado o con la sociedad, sino directamente con la víctima⁵³. Lo importante acerca del delito, no es tanto el ataque a un derecho en abstracto, sino el daño concreto que el delito causa a la víctima. Por ello se enfatiza que la necesidad de reparar el daño psicológico, relacional y material debe ser la prioridad básica y el criterio preponderante al decidir el tipo de respuesta que debe adoptarse ante el delito.

⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, cit., pp. 208-209.

⁵⁰ ZEHR, H., *Changing Lenses*, cit., *passim*.

⁵¹ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas*, cit., p. 63.

⁵² VAN NESS, D., “New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice”, en ROCHE, D. (Ed.), *Restorative Justice, ideals and realities*, primera publicación en 2004, publicación electrónica 30 de noviembre de 2017, Londres, pp. 251 ss.

⁵³ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice*, cit., p. 75.

Siguiendo a JOHNSTONE, el delito es en esencia una violación, una violación de uno mismo, una profanación sobre quien somos o lo que creemos, una profanación de nuestro espacio privado⁵⁴. El delito es devastador, porque echa por tierra dos presunciones fundamentales en las que basamos nuestras vidas: la creencia acerca de que el mundo es un lugar ordenado y con un cierto sentido y nuestra creencia en la autonomía y libertad personal. Ambas presunciones son esenciales para nuestra integridad y tranquilidad emocional y necesitamos poder recuperar nuestra creencia en ellas⁵⁵.

BARONA VILAR señala que a través de la mediación se pretende reconocer un papel preponderante a la figura de la víctima. “*Con la mediación la víctima puede participar y tratar de llegar a un acuerdo, no ya en lo que es indisponible, ni en la aplicación del Derecho penal al caso concreto, sino en relación con la posible reparación del daño o indemnización de los perjuicios sufridos*”⁵⁶. Efectivamente, la mediación permite poner el foco de atención en las necesidades y en la recuperación y reparación de la víctima que, tradicionalmente ha sido la “*gran olvidada del Derecho penal*”⁵⁷. La víctima acostumbra a tener muchas preguntas, unas las puede contestar por sí misma, pero otras solo pueden ser contestadas por el propio ofensor, especialmente en el caso de las víctimas indirectas. A través de la mediación y si así lo desea, puede plantear al ofensor todas las cuestiones que le preocupan acerca del hecho delictivo, sus motivaciones y sus causas.

Las experiencias prácticas analizadas⁵⁸ confirman que, generalmente, a la víctima le quedan muchos “porqués” sin respuesta, que le inquietan profundamente y cuya respuesta muchas veces, solo puede ofrecérsela el ofensor (“¿Porque a mí? ¿Porque lo hiciste?... ¿Qué te había hecho yo?”). En la práctica de la mediación, en las reuniones conjuntas o incluso en las mediaciones indirectas sin encuentro de las partes, este tipo de preguntas formuladas por la víctima son muy usuales.

⁵⁴ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., p. 65.

⁵⁵ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., p. 67 ss.

⁵⁶ BARONA VILAR, S., “Mediación penal como instrumento”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables*, cit., pp. 457 ss.

⁵⁷ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 3 ss.

⁵⁸ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, p. 20.

Las víctimas también necesitan ser comprendidas y poder comunicar sus emociones, su disgusto, su miedo, su dolor y obtener el apoyo de los demás para recuperar el control sobre su vida. En este sentido, la mediación proporciona a la víctima la oportunidad de ser escuchada, de transmitir al imputado la forma en la que ella vivió y padeció el delito, sus secuelas, sus sentimientos de miedo, de angustia, de malestar y de impotencia. OLALDE ALTAREJOS señala que en el encuentro de mediación la víctima puede sentirse reconocida, lo cual le ayuda a cerrar sanamente el duelo y salir del rol de víctima, retomando su vida con el recuerdo del delito, pero liberada de ataduras emocionales limitantes. Poder abandonar el “*traje de víctima*” es una necesidad que expresan las mismas víctimas⁵⁹.

Otro de los beneficios para la víctima, que destaca JOHNSTONE, es atender su necesidad de *empowerment* que podemos traducir como empoderamiento o recuperación de poder. Su sentido de autonomía personal ha sido anulado por el ofensor y necesita recuperar su sensación de seguridad personal. Necesita asegurarse que ha dado los pasos necesarios, que ha hecho todo aquello que está en su mano para evitar vivir de nuevo esa situación causada por el delito. Una mediación puede ayudarla a recuperar la tranquilidad y facilitar la superación de las consecuencias negativas, tanto psicológicas como emocionales o materiales, reforzando su propio yo, sintiéndose protagonista en la resolución de las consecuencias del delito. Se ofrece a la víctima no solo la oportunidad de sentirse escuchada, sino también de participar activamente en la gestión del conflicto que la ha afectado tan directamente, colaborando a esa “*curación*” y a la recuperación de su capacidad de actuar, potenciando su seguridad personal y su autoestima⁶⁰.

Los encuentros de mediación en todo caso han de realizarse en un entorno seguro para la víctima, en el que el ofensor explica su vivencia de la situación, responde a las preguntas de la víctima y puede mostrarle su arrepentimiento, ofreciéndole, no tanto una justificación, sino una disculpa genuina por lo sucedido. El encuentro de mediación puede jugar un importante papel en la disminución del miedo de la víctima y de su sentimiento

⁵⁹ OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Encuentros Restaurativos en victimización generada por delitos de terrorismo: bases teóricas”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, 2013, p. 69.

⁶⁰ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., pp. 76 ss.

de debilidad, ya que le permite ver al ofensor como una persona corriente, que también es vulnerable, más que una figura amenazadora y deshumanizada en función de los estereotipos populares. Los encuentros pueden llegar a ser como un foro en el que la víctima puede descargar su dolor y amargura directamente a quien los causó. Estos encuentros entre la víctima y el ofensor, centrados en la reparación, en la expresión de arrepentimiento y disculpas, ofrecen una restitución plena de sentido, responden a las inquietudes de la víctima y pueden ayudarla a recobrar su seguridad personal.

A través del diálogo y de la negociación acerca de la forma y el contenido de la reparación, la víctima participa en el proceso y obtiene un cierto control sobre las consecuencias del delito. Algunos de estos encuentros pueden finalizar, incluso con reconciliación y una cierta comprensión mutua entre ambos. Esa comprensión, no determina que se esté de acuerdo con la actuación del ofensor o que la víctima apruebe lo sucedido, pero, en ocasiones, puede ayudar a ambos a superar la situación de conflicto e inquietud personal producida a raíz del delito.

Los defensores de la JR alegan que estos encuentros desarrollados en un entorno seguro, en los que el ofensor participa lamentando y asumiendo que ha causado un daño, son mucho más beneficiosos para la víctima que los juicios tradicionales en los que la víctima y el ofensor están totalmente distanciados y posicionados como adversarios en dura confrontación, y en los que todo se centra en determinar la culpabilidad del ofensor y en fijar la cantidad de sufrimiento a la que ha de ser sometido a fin de pagar su deuda con la sociedad⁶¹. En consecuencia y para minimizar la dureza del castigo, se produce habitualment, una reacción defensiva en el acusado, cuestionando o negando lo sucedido e, incluso, a veces, generando una actitud despectiva que supone una nueva agresión para la víctima, quien acaba padeciendo un proceso de victimización secundaria⁶² al que contribuye el sistema judicial en su conjunto.

⁶¹ JOHNSTONE, G., *Restaurative Justice*, cit., p. 79.

⁶² Se entiende como victimización secundaria la victimización añadida, subsecuente a la primaria, que padece la víctima al ser estigmatizada, cuestionada o rechazada en su contacto con las instituciones (policía, operadores jurídicos, juzgados) o con el marco social (medios de comunicación, comunidad, entorno de la víctima). La defensa del investigado suele poner en duda la declaración de la víctima y su padecimiento, por ello la víctima muchas veces ha de defenderse ante ese cuestionamiento de la vivencia que expresa, aumentando su sensación de ser atacada en una segunda victimización.

No es un beneficio menor el hecho de que la víctima consiga una más rápida y eficaz satisfacción de sus necesidades y de sus intereses. La mediación posibilita el planteamiento y obtención del tipo de reparación concreta que considere más oportuna para sentirse respetada y realmente reparada de la forma más efectiva y satisfactoria posible, pudiendo avanzar, si quiere, más allá de la mera reparación material. Muchas veces, castigando al ofensor no se repara realmente a la víctima, incluso en algunos casos, como señala JOHNSTONE, el castigo puede dificultar la mejora del estado personal de la víctima o dificultar la reparación. El ejemplo más obvio es cuando el castigo al ofensor disminuye o anula su capacidad económica y en consecuencia dificulta el pago de toda compensación material a la víctima⁶³. En no pocas ocasiones, el ofensor considera que sometiéndose al castigo ya ha pagado toda su deuda con la sociedad y, por tanto, ya no tiene más obligaciones, ni siquiera la de compensar moralmente o mostrar algún tipo de consideración a la víctima.

Otra de las inquietudes que expresan las víctimas, especialmente las víctimas indirectas⁶⁴, es su necesidad de conocer detalles de los hechos que la sentencia no pudo recoger. En palabras de SEGOVIA BERNABÉ la mediación permite el ejercicio efectivo del derecho de la víctima a conocer la “verdad material” expresada directamente por el propio victimario, no meramente la verdad formal o judicial⁶⁵. Desde otra perspectiva, algunas víctimas, sufren pensando que el ofensor o su círculo de amistades puedan considerarlas a ellas las causantes de la pena impuesta y temen que decidan vengarse. Algunas incluso llegan a sentirse responsables de la pena que se impone al ofensor y experimentan sentimientos de culpabilidad. Un proceso de mediación puede contribuir a desvanecer ese sentimiento de falsa culpabilidad tan revictimizador.

Comparto la consideración de MARTIN WRIGHT cuando llama la atención sobre el hecho de que en el sistema penal las consecuencias de ser declarado culpable de un crimen son

⁶³ JOHNSTONE, G., *Restorative Justice*, cit., pp. 76 ss.

⁶⁴ Al hablar de víctimas indirectas se está haciendo referencia a las personas que no han sido protagonistas del delito, sino aquellas que están unidas a las víctimas directas por lazos de afecto, dependencia o parentesco y por ello han sufrido también por el daño causado a raíz del delito.

⁶⁵ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., p. 17.

tan severas que han de proveerse fuertes garantías para asegurar que no son erróneamente considerados culpables y castigados. Por ello los representantes legales de los sospechosos y a veces los mismos imputados, reclaman que las víctimas sean sometidas a penosos exámenes y pruebas que las víctimas reciben de forma incomprensible y que tienden a agravar las heridas emocionales que ya padecen a causa del delito⁶⁶. En este sentido, los defensores legales de los acusados, realizando su función de defensa de la posición de su cliente para evitar o minimizar la pena, refuerzan la posición del ofensor, incluso a expensas de la víctima y de sembrar la desconfianza hacia su papel en el delito.

ALLER subraya el valor de la mediación aplicada en el ámbito penal cuando se deja de lado la pretensión punitiva del Estado, no debiendo renunciarse a la reparación de las víctimas, sino solo a la satisfacción del menoscabo del ordenamiento penal. *“De esta manera se obtendría credibilidad en la operatividad sistémica al canalizarse el conflicto a través de mecanismos como la mediación, conciliación y reconciliación realizados mediante el control del segmento judicial-penal”*⁶⁷.

3.3. Beneficios específicos de la mediación respecto al ofensor

En cuanto al ofensor (denunciado, investigado o sentenciado como autor), la mediación puede motivar un proceso de reflexión personal sobre los propios actos que desafían el marco legal establecido y dañan la convivencia con los demás, abriendo la posibilidad de valorar las consecuencias, que estos pueden tener, tanto sobre otras personas como sobre uno mismo y sus expectativas de futuro. Como señala SEGOVIA BERNABÉ el resultado de una mediación o de otro proceso restaurativo viene determinado por la asunción de la propia responsabilidad, la creación de empatía con el dolor de la víctima y el deseo sincero de reparar el daño⁶⁸.

Evitar la criminalización o estigmatización del victimario, es un beneficio intrínseco a la mediación. Se trata, de evitar que se sienta “fuera o contra el sistema”, lo que favorece la

⁶⁶ WRIGHT, M., *Restoring Respect for Justice*, 2ª ed., Waterside Press, Hampshire, 2008, *passim*.

⁶⁷ ALLER, G., *El Derecho penal*, cit., p. 83.

⁶⁸ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., p. 15.

reincidencia. Por el contrario, brindar oportunidades de integración, contribuye a su rehabilitación y reinserción social real. La mediación ofrece al imputado la posibilidad de abrir un espacio en el que pueda expresar a la víctima -si se muestra dispuesta- su propio pesar y rechazo hacia el acto lesivo y sus consecuencias y poder dar las explicaciones, más que justificaciones, que considere oportunas acerca de lo sucedido.

El victimario tiene la posibilidad de reparar a la víctima y a la vez restaurar su propia imagen ante sí mismo, ante su familia y la sociedad, abriéndose una vía para recuperar o ganar, a veces por primera vez, la estima social como ciudadano que participa activa y positivamente en el bienestar y desarrollo de la comunidad. Porque como señala ALLER, la delincuencia no es un hecho ajeno a la sociedad y a la problemática social, el delito es un problema en sí mismo, pero también es un símbolo de que hay otros problemas iguales o mayores⁶⁹.

Otro elemento positivo importante es el de permitir cambiar su papel pasivo ante el castigo, ofreciéndole la opción voluntaria de participar de forma proactiva para paliar los efectos negativos de su acto delictivo. Con ello se contribuye a lo que SUBIJANA ZUNZUNEGUI alude como “*el reconocimiento de la autonomía como valor estructural de toda persona*” en base al que las personas no pierden, al menos, un cierto margen de actuación autónoma en los conflictos en que se ven inmersos⁷⁰, dejando por tanto de ser sujeto pasivo del castigo y convirtiéndose en elemento clave en la búsqueda y la realización de soluciones positivas al daño que ha generado.

Respecto a las consecuencias jurídicas, supone facilitar la atenuación de la sanción penal y la aplicación de los beneficios legales previstos cuando la reparación efectuada deje patente la satisfacción de la víctima y el esfuerzo reparador llevado a cabo por el imputado. En muchas ocasiones, la dureza de las sanciones penales puede dificultar la rehabilitación del imputado o incluso aislarlo socialmente.

⁶⁹ ALLER, G., *El Derecho penal*, cit., p. 68.

⁷⁰ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.I., en ORDEÑANA GEZURAGA, I. / URIARTE RICOTE, M. (Coords), *Justicia en tiempos de crisis*, cit., p. 73.

Según MENDIETA COLMENERO / LARRAURI PIJOAN, los presos más peligrosos, son aquellos que no se valoran a sí mismos y que tienen la percepción de que lo han perdido todo. Ese desinterés porque nada les importa, favorece el “todo vale” porque ya no pueden perder nada. Según dichos autores no se tiene poder ante personas que no presentan ninguna necesidad. En base a este argumento, “poder” es el equilibrio o desequilibrio de necesidades mutuas⁷¹. La mediación puede ser un buen instrumento para facilitar la recuperación de la estima social⁷² puesto que, como señala SCHMITZ, el proceso de JR confronta al infractor, le anima a tomar conciencia y a responsabilizarse por sus acciones y por los daños que ha causado a otras personas⁷³.

Otra ventaja apuntada por JOHNSTONE, es que la mediación trabaja mejor en la prevención de la reincidencia que los métodos punitivos tradicionales. En términos de la reducción de la reincidencia UMBREIT / COATES/ VOS afirman que el índice de reincidencia de los autores que participan en un Programa de JR, ya sea en concreto de mediación u otro, está en torno al 53% frente al 63 % de infractores que no han participado en alguno de estos programas⁷⁴. En este mismo sentido TYLER / SHERMAN / STRANG / BARNES / WOODS señalan que los programas restaurativos son más efectivos en reducción de reincidencia en delitos violentos y graves que en los delitos patrimoniales u otros de menor gravedad⁷⁵.

Otro beneficio que nos aporta la mediación es evitar o desmontar la elaboración de relatos o marcos mentales justificativos de los actos delictivos. Muchos criminólogos suscriben la teoría, según la cual para cometer delitos y vivir asumiendo su comportamiento los delincuentes deben construir elaboradas racionalizaciones para justificar sus acciones. Se convencen a sí mismos de que realmente ellos no están haciendo daño a nadie (sus

⁷¹ Siguiendo este razonamiento, cabe deducir que las normas no tienen ningún poder de frenar o de influir sobre aquéllos a los que nada les importa, porque tienen la percepción de que nada quieren ni conservan, ni siquiera su propia estima o la de los demás.

⁷² MENDIETA COLMENERO, J. / LARRAURI PIJOAN, E., “El Efecto de las condenas largas en prisión en Cataluña: Prisionización y Riscanvi”, Repositorio Digital de la UPF, Barcelona, 2013, *passim*.

⁷³ SCHMITZ, J., *Prácticas Restaurativas*, cit., p. 21: “Lo impulsa a comprender las causas y consecuencias de su comportamiento sobre otras personas, la comunidad y él mismo; lo acompaña en la transformación de su conducta, así como en la reintegración en su comunidad”.

⁷⁴ UMBREIT, M.S. / COATES, R.B. / VOS, B., “Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research”. *Conflict Resolution Quarterly*, 22 (1-2), 2004, pp. 279 ss.

⁷⁵ TYLER, T.R. / SHERMAN, L. / STRANG, H. / BARNES, G. / WOODS, D., “Reintegrative Shaming, Procedural Justice and Recidivism: The Engagement of Offenders’ Psychological Mechanisms in the Canberra RISE Drinking-and-Driving Experiment”, *Law and Society Review*, vol. núm. 41 (3), 2007, pp. 2 ss.

víctimas son grandes empresas o están aseguradas y pueden afrontar la pérdida) o su víctima “*se lo merecía*”. En este sentido, HORTAL IBARRA apunta que las racionalizaciones o neutralizaciones son especialmente propias de delincuentes con una mayor formación como así sucede especialmente en los delitos de ámbito socioeconómico⁷⁶. Igualmente, SEGOVIA BERNABÉ señala que, en el caso de delitos de terrorismo el victimario suele tener, además, una cobertura ideológica en la que se sustentan sus acciones delictivas ofreciéndole una “*coartada moral*” que justifica incluso los crímenes más sangrientos⁷⁷.

La justicia punitiva convencional, manteniendo separados a la víctima y al ofensor, no contribuye a deshacer estos argumentos justificadores interesados, ni desarma esta especie de “*anestesia moral*”⁷⁸, sino que incluso puede contribuir a reforzar toda esa argumentación justificativa del delito. Por el contrario, la mediación, mediante la oportunidad de reunir víctima y ofensor, promocionando un diálogo respetuoso entre ellos posibilita que tales racionalizaciones y elucubraciones justificativas sean más difíciles de sostener, contribuyendo, por tanto, a la concienciación real del mal causado y a la reducción de la reincidencia. Los propios implicados valoran el daño producido a consecuencia del delito y deciden en común la reparación más satisfactoria de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, dentro de los límites que les brinda el marco legal concreto⁷⁹.

⁷⁶ HORTAL IBARRA, J.C., en PUENTE ALBA, L.M. (Ed.), *Economía y Derecho penal en Europa*, cit., pp. 191 ss.

⁷⁷ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., p. 4.

⁷⁸ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., p. 12.

⁷⁹ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A./ MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbrenu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN: ESPECIAL ATENCIÓN AL POLÉMICO BINOMIO MEDIACIÓN-VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1 Generalizada aplicación de la mediación a las distintas tipologías penales

Partiendo de la premisa de que la mediación constituye la herramienta fundamental y más extendida en materia restaurativa, hemos de analizar en qué medida puede resultar de aplicación a todas las tipologías penales. Para ello debemos considerar desde los delitos tipificados como menos graves a la delincuencia más grave y violenta. En este recorrido, merece una mención especial la violencia de género, en cuyo ámbito la mediación está vedada desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, respecto a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Si bien históricamente la mediación se inició en el marco penal a través de su aplicación en los delitos leves y en justicia juvenil, poco a poco ha ido expandiendo su ámbito al sistema penal de adultos y a delitos de gravedad media e incluso elevada. A pesar del creciente protagonismo que ha ido adquiriendo, algunos autores como SERRAMIÀ BALAGUER recuerdan la anomia de la mediación en el ámbito penal en España, ya que no queda regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en ninguna norma procesal penal de carácter especial⁸⁰. Además, llama la atención que la primera vez que se nombró la mediación en un texto normativo de carácter estatal fue justamente para prohibirla en los casos de violencia de género, de acuerdo con lo establecido en la mencionada LO 1/2004⁸¹.

Desde estas líneas se defiende la introducción de la mediación, de los encuentros restaurativos y de otras formas de JR como una opción posible y fruto de la voluntad de las partes manifestada de forma absolutamente libre, informada y consciente. El objetivo de esta opción ha de ser facilitar una reparación en sentido amplio (moral, emocional y

⁸⁰ En cambio, la mediación en el ámbito civil queda regulada en la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁸¹ SERRAMIÀ BALAGUER, L., “La Justicia Restaurativa como modelo de reparación integral de las víctimas de violencia de género”, en CASTRO TOLEDO, F.J. / GÓMEZ BELLVÍS, A.B / BUIL GIL, D. (Eds.), *La Criminología que viene. Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología*, Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, Barcelona, 2019, pp. 150 ss.

material) que esté al alcance de todas las víctimas (ya sean directas o indirectas) y a priori, disponible en todo tipo de delitos. Como señala VARONA MARTÍNEZ el acceso universal a los servicios de JR debería ser una prioridad, una vía disponible para todos en determinadas condiciones, nunca una obligación, asegurando así la igualdad de oportunidades para los diferentes grupos de víctimas, lo que no se opone al tratamiento individualizado del victimario ni a su reinserción⁸². Esta disponibilidad de acceso a los programas de JR no presupone determinar de *lege ferenda* el tipo de consecuencias jurídicas que su puesta en práctica y resultado pueda generar, ni siquiera si debe desencadenar algún tipo de consecuencia jurídica en todos los supuestos en que se aplica. La generación de consecuencias y beneficios jurídicos es una decisión que debe adoptar el legislador con la necesaria flexibilidad para que el aplicador pueda tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

Como afirma ZEHR, la JR -y por tanto la mediación como uno de sus métodos más extendidos- surgió inicialmente como una forma de respuesta a los delitos de menor gravedad, especialmente en delitos contra la propiedad. Sin embargo, actualmente en algunos países se abordan las formas más graves de violencia criminal desde alternativas restauradoras, como asaltos, violaciones, homicidios y también en situaciones de violencia doméstica⁸³. Incluso como recuerda el mismo ZEHR, a partir de la experiencia de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, se han desarrollado iniciativas para aplicar un modelo de JR a situaciones de violencia masiva⁸⁴, también debe mencionarse el acuerdo de paz de Colombia o conflictos bélicos como el de Kosovo o la República Democrática del Congo⁸⁵.

En esta línea, CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN destacan que los procedimientos de JR inspirados en BRAITHWAIT (1989) incluyen entre los delitos en que pueden aplicarse, aquellos de carácter violento y además las evaluaciones sobre sus resultados, muestran

⁸² VARONA MARTÍNEZ, G., " Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, Socio-Legal Series, vol.4, núm. 3, 2014, p. 556.

⁸³ WOLHIUS, A. / LÜNNEMANN, K. (Coord.), "*Restorative Justice and domestic violence. A Guide for practitioners*". *Criminal Justice 2013 with the financial support of the European Commission Directorate-General Justice*, enero 2016 (en línea: http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ_Guide_for_Practitioners.pdf).

⁸⁴ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 6.

⁸⁵ AERTSEN, I. / ARSOVSKA, J. / RHONE, H. / VALIÑAS, M. / VANSPAUMEN, K., *Restoring Justice*, cit., *passim*.

que, en este tipo de delitos, se consiguen incluso mejores resultados en la prevención de la reincidencia⁸⁶. VARONA MARTÍNEZ destaca que la comparación entre distintos programas de JR en casos de victimización grave muestra el crecimiento global de la JR en este ámbito y su impacto positivo en términos de recuperación de la víctima y minimización de la victimización secundaria. Esta misma autora recuerda que la investigación confirma que muchas víctimas y victimarios de delitos graves están dispuestos a reunirse, y que la mayoría de los encuentros de mediación parecen aportar beneficios materiales jurídicos y/o emocionales para las partes y para la sociedad⁸⁷.

En este mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE manifiesta que limitar la aplicación de los procesos de mediación meramente a delitos bagatela puede resultar incluso contraproducente, ya que distintos análisis demuestran el éxito de su aplicación en delitos violentos, tanto en el grado de satisfacción de las víctimas como en la disminución de la tasa de reincidencia. Esta misma autora menciona incluso la existencia de estudios en EEUU sobre la aplicación de procesos de JR en delitos violentos tan graves como homicidios y asesinatos que han obtenido resultados altamente positivos⁸⁸.

GUARDIOLA LAGO entiende que, en los casos de crímenes graves, un proceso de JR como la mediación, podría ser complementario, más que alternativo al proceso judicial y a la sentencia. Pone como ejemplo el proyecto *Collaborative Justice* de Canadá y el proyecto belga de mediación en delitos graves (Proyecto de mediación reparadora) que se puso en marcha en Leuven de forma experimental en 1993, adquiriendo en 1998 carácter nacional. Actualmente puede considerarse una práctica habitual y estable. Este tipo de mediación se lleva a cabo entre las fases del procesamiento y el enjuiciamiento de la causa. De forma similar al estudio de Canadá, en la evaluación belga se detecta que el proceso restaurativo puede satisfacer las necesidades afectivas de la víctima y contribuye a que se sienta reconocida y pueda obtener respuestas de su agresor. Debido a la gravedad de estos delitos, se ha extendido la aplicación de la mediación y de otras fórmulas de JR a la fase

⁸⁶ CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 36.

⁸⁷ VARONA MARTÍNEZ, G., Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, Socio-Legal Series, vol. 4, núm. 3, 2014, pp. 555.

⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, RP, núm. 30, julio de 2012.

posterior a la sentencia en la ejecución de la pena, entre otros países, Bélgica, Reino Unido, EE.UU y Canadá, entre otros países⁸⁹.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES opina que la “*preselección*” de delitos que se realice exclusivamente a partir de la pena imponible, conduce a situaciones absurdas, por lo errónea que es la idea de “*pena imponible*” (por ejemplo, el concurso de delitos, delito continuado, etc.). Además, a partir de la pena prevista se cierra cualquier otra posibilidad o vía diferente. Este autor entiende que, por ejemplo, no tiene sentido admitir la posibilidad de la mediación en fraudes de poca cuantía o con pocos afectados y en cambio denegarla cuando se trata de una cuantía mayor o con más perjudicados. Puede ser que luego en la práctica no sea posible llevarla a cabo (por ejemplo, porque las partes o una de ellas no desea participar en la mediación), pero ésa no es razón suficiente para descartarla a priori. Respecto a los conflictos violentos en las relaciones de pareja QUINTERO OLIVARES considera que se trata de un tema delicado, aunque entiende que puede ponerse en duda si realmente la mejor solución es directamente excluir la posibilidad de acudir a la mediación⁹⁰.

El requisito básico, imprescindible para poner en marcha una opción mediadora, ha de consistir en que todas las partes, libre, consciente y voluntariamente, decidan participar, con igualdad de oportunidades y capacidad, en un proceso de reparación que tenga el objetivo de facilitar una posible compensación satisfactoria para la víctima y realizable por parte del victimario. En todo caso, debe velarse para que no implique un agravio o un daño añadido para la víctima. Evidentemente, las consecuencias jurídicas derivadas de la acción reparatoria del ofensor podrán diferir totalmente, en función del tipo de delito de que se trate y de lo prescrito por las normas vigentes en cada caso, a lo que deberá sumarse la interpretación valorativa de las circunstancias concurrentes por parte del Juez.

Pero para propiciar la obtención del compromiso concreto de reparación adecuado y factible en cada situación es necesario articular algún sistema que haga posible la creación

⁸⁹ GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de Violencia de género en el sistema de Justicia y la prohibición de la mediación penal”, RGDP, núm. 12, 2009, pp. 2 ss.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal*, cit., pp. 409 s.

de un espacio seguro y estructurado⁹¹, basado en el diálogo, en cuyo marco se construya y facilite la obtención del acuerdo reparador. La mediación puede ser la vía idónea para poner en contacto a las dos partes si libremente lo deciden, ofrecerles un espacio dialógico y acompañarlas en la obtención de un posible compromiso de reparación. La mediación, en principio, tendría la virtualidad de ser aplicable, prácticamente, a todo tipo de delitos en los que se pueda identificar una o más víctimas directas o indirectas y a uno o más victimarios con capacidad y voluntad suficiente para participar en un proceso de toma de decisiones.

Incluso si, por la gravedad del caso, las partes quieren llevar a cabo una mediación, pero prefieren no coincidir en el mismo espacio físico, la mediación puede desarrollarse de forma virtual a través de métodos telemáticos. También es factible la fórmula de la “*shuttle mediation*” o “diálogo indirecto” reconocida por las Naciones Unidas, en la que la persona mediadora se reúne con una parte y con la otra por separado y construyen un acuerdo reparador con la opiniones, necesidades y posibilidades de víctimas y victimarios, aunque no lleguen a encontrarse físicamente, sino que mantienen la comunicación a través del mediador⁹². O bien, como menciona VILLACAMPA ESTIARTE, pueden realizarse mediaciones diseñadas para el caso concreto en las cuales la víctima está en contacto con una persona mediadora, el victimario con otra distinta (sean o no del mismo sexo), y si finalmente quieren realizar un encuentro, las partes se reúnen participando conjuntamente con sus respectivos mediadores⁹³.

También en los casos de delitos más graves lo importante son las personas, ya que la mediación no supone un fin en sí misma, sino que se entiende como un proceso instrumental y voluntario a disposición de las partes. Se pone en marcha con el objetivo de propiciar la comunicación y ofrecer una oportunidad de encuentro con finalidad compensatoria para la víctima⁹⁴. La plena voluntariedad para escoger esta opción mediadora es fundamental. Por ello, más allá del tipo o gravedad del delito, se requiere

⁹¹ DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia Restaurativa, mucho más*, cit., p. 15.

⁹² NACIONES UNIDAS, *Handbook on Restorative Justice*, cit., p. 67.

⁹³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal”, *Polít. Crim.*, núm. 29, 2020, pp. 47 ss.

⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Polít. Crim.*, núm. 29, 2020, p. 15.

que, tanto víctima como victimario, estén plenamente informados y conozcan en qué consiste y cuáles podrían ser las consecuencias personales y jurídicas derivadas de un posible acuerdo. Por tanto, siempre que se diesen estas características de voluntariedad, consentimiento informado, indemnidad y utilidad para la víctima y para todos, debería estar abierta la opción de iniciar una mediación, independientemente del tipo de delito de que se trate, más allá de su resultado y de desplegar o no posibles consecuencias jurídicas o penológicas. Si realmente se pretende reforzar el papel decisorio de la víctima, contribuir a su desvictimización y empoderarla, reconocerle la posibilidad de que sea ella quien decida si quiere o no quiere participar en una mediación, es fundamental.

La práctica diaria pone de manifiesto que la dificultad o incluso la viabilidad de la mediación en cada caso concreto, no depende tanto del tipo de infracción o de la gravedad del delito cometido, como de las circunstancias concretas del caso. Las percepciones, carácter, afectación, vivencias personales y la conflictividad relacional previa que pudiese existir entre sus protagonistas son determinantes a la hora de establecer la posibilidad de la mediación, incluso más allá de la gravedad objetiva del delito. Es concluyente, sobre todo, la libre voluntad de las personas de participar en ella y de avanzar hacia un posible resultado reparador, más allá de la entidad del hecho padecido. El trabajo desarrollado por el equipo de mediación en la jurisdicción penal del *Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya* refuerza esta idea⁹⁵.

Autores, como SHERMAN / STRANG, destacan que, en base a la realización de estudios prácticos la aplicación de estos métodos en delitos violentos está demostrando ser un éxito en cuanto al nivel de satisfacción de la víctima y a la disminución de la tasa de reincidencia⁹⁶. En EEUU existen experiencias, ya desde los años 90, de aplicación post sentencia en delitos violentos muy graves, incluyendo homicidios y asesinatos. En concreto, deben destacarse los programas implantados en Ohio y Texas a mediados del

⁹⁵ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminologia*, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

⁹⁶ SHERMAN, L. / STRANG, H., "*Restorative Justice the evidence*". *Esmée Fairbairn Foundation, The Smith Institute*, 2007, pp. 22, 65 y 68, (en línea: <http://esmeefairbairn.org.uk/>).

los 90 que presentaban un muy elevado grado de satisfacción de los participantes. Estos programas se ponen en marcha a petición de las víctimas, ya sean directas o indirectas⁹⁷. Como destaca VILLACAMPA ESTIARTE, en un metaanálisis de justicia restaurativa efectuado en 2001, se concluyó que la participación en programas de justicia restaurativa incrementa con carácter general tanto el grado de satisfacción de las víctimas como de los ofensores. En general, las víctimas, más allá del tipo de delito, valoran que se les dé la oportunidad de hablar sobre su proceso de victimización, además de contribuir a reducir sentimientos como la ansiedad o el miedo y favorecer la recuperación de la autoestima⁹⁸.

SÁEZ VALCÁRCEL considera que la intervención mediadora en delitos muy graves es una cuestión importante, ya que afectan a la vida de las personas, y en la mayoría de casos se trata de un daño irreparable. Pero, a su juicio, la posibilidad de intervenir en este tipo de delitos desde los parámetros y valores restaurativos depende de “*que se entienda como un asunto humano, el del diálogo entre las personas directamente concernidas por el acto violento, la que ejecutó la conducta y la que recibió su impacto*”. Bajo esta perspectiva se entiende que la mediación restauradora interviene desde la relación interpersonal, no desde un espacio público o colectivo, ni desde la política. Este autor entiende que el objetivo fundamental de los diálogos restauradores es, por una parte, que las víctimas sean capaces de abandonar y superar, aunque sea parcialmente, su pasado y elaborar el duelo por los daños padecidos y por parte del victimario asumir las correspondientes responsabilidades. Para ambos esta actuación restauradora ha de ayudarles a encontrar un motivo que de sentido a la vida y les permita seguir adelante. De esta forma la restauración y la reparación del daño causado pasan a un primer plano, “*algo que ha olvidado el proceso penal*”⁹⁹.

⁹⁷ UMBREIT, M. / VOS, B. / COATES, R. / BROWN, K., *Victim Offender dialogue in violent cases, a multi-site study in United States: Politics, Policies and prospects*, PUY, E. / PARMENTIER, S./ DISSEL, A. (Edits.) Cape Town, 2008, pp. 22 ss.

⁹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., Polít. Crim., núm. 29, 2020, p. 58.

⁹⁹ SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Notas sobre Justicia Restaurativa y delitos graves, dialogando a partir de “reflexiones” y su viabilidad”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (Coords.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, 2011, pp. 174 y 181.

4.2. Mediación y violencia de género: ¿un binomio imposible?

De entrada, señalar que se trata de un tema que genera una enorme polémica social y jurídica y que las posiciones no son pacíficas ni en la doctrina ni en la práctica. Como apunta VILLACAMPA ESTIARTE desde el feminismo radical o estructural llamado de segunda ola, se rechaza la mera posibilidad de llevar a cabo un proceso de mediación u otro de JR en el ámbito de la violencia de género. Este feminismo, como señala la misma autora ha devenido institucional y sus máximas representantes son autoras como CATHARINE MACKINNON que defiende sus posiciones desde la teoría legal y SANDRA CASEY o MARY KING desde el pensamiento filosófico feminista¹⁰⁰.

En esta línea limitativa se sitúa la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que “veda” textualmente la mediación en los supuestos que regula. Por efecto de la misma LO 1/2004, esta prohibición queda recogida también en el art. 87 ter.5 de la LOPJ. Además, en diciembre de 2017 se aprobó en España del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, confirmando la no aplicabilidad de los mecanismos de justicia restaurativa a estos casos. Por lo cual en España se ha aplicado la mediación en muy pocas ocasiones en esta materia y la mayoría son anteriores a la aprobación de dicha LO.

Como afirma VILLACAMPA ESTIARTE puede considerarse que la LO 1/2004 parte de un enfoque muy punitivista en el abordaje de la violencia de género que obliga a que la gestión de estos conflictos deba reconducirse necesariamente al empleo de la justicia retributiva. Se descarta así la posibilidad de acudir a algún mecanismo de JR, aunque el caso lo hiciese aconsejable y las partes libremente manifestasen su preferencia en ese sentido, privándoles de las ventajas que la JR pudiera aportarles en la resolución de su conflicto, más allá incluso de la voluntad manifestada por la víctima que deviene inútil frente a la prohibición.¹⁰¹ Esta prohibición genérica supone una desconfianza hacia la capacidad de decidir de las mujeres en general, más allá del supuesto concreto y de su

¹⁰⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., Polít. Crim, núm. 29, 2020, p. 55.

¹⁰¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., Polít. Crim, núm. 29, 2020, pp. 55 ss.

aptitud, voluntad y posibilidad individual real para tomar libremente esa decisión. En la práctica, no puede ni optar por decir no a la mediación, pues la ley ha decidido previamente por ella. Por otra parte, tal prohibición denota también la desconfianza, en estos casos, respecto al criterio y a la valoración que puedan realizar los jueces y demás operadores jurídicos de cada situación concreta, descartando de forma previa tal posibilidad.

Siguiendo a VILLACAMPA ESTIARTE esta regulación prohibicionista, sitúa a España en una posición que empieza a ser normativamente singular respecto a la forma de enfrentar estas situaciones por parte de otros países de nuestro entorno jurídico, que progresivamente han ido admitiendo la implementación de mecanismos de justicia restaurativa en supuestos de violencia de género. Como ejemplo, puede mencionarse Austria, donde el abordaje de la violencia de género desde la JR es ya tradicional. Otros países se han incorporado también de forma más reciente a este paradigma como Finlandia, Dinamarca, Holanda, Grecia, Alemania (previo análisis de cada caso) y Gran Bretaña, entre otros.

Esta posibilidad de comunicación posterior al delito, que facilita la mediación, puede ser especialmente importante en aquellos supuestos en que ambas partes son miembros de un mismo colectivo, de una misma comunidad o incluso de una misma familia. Este diálogo acerca de lo ocurrido puede ayudar a estas personas a afrontar la situación post delito y a evitar el surgimiento de nuevos problemas cuando, en algún momento futuro, esas personas vuelvan a compartir o coincidir en un mismo espacio de convivencia. Incluso en aquellos supuestos en que finalmente el acuerdo no ha sido posible, una intervención mediadora apropiada puede ser positiva. Siempre, evidentemente, que todas las partes participen de forma totalmente libre, voluntaria y con pleno conocimiento del proceso de comunicación que van a iniciar y consciencia de la capacidad decisoria que se les reconoce. La mediación, al igual que los demás métodos de JR puede aportar elementos muy útiles para la víctima en su proceso de superación personal del delito, aclarar situaciones y permitir al autor asumir una más clara conciencia y responsabilización de la realidad y de las consecuencias provocadas por su conducta, más allá de su gravedad y de los aspectos jurídico-procesales.

Actualmente, este proceso de comunicación deviene imposible por prescripción legal, ya que como recuerda SÁEZ RODRÍGUEZ, la prohibición de aproximación establecida en el art. 48.2 del CP, dificulta o impide la posibilidad de alcanzar acuerdos a través de la mediación (incluso compromisos de buena “intendencia familiar”, por ejemplo, respecto al cuidado y bienestar de los hijos). En este sentido, tal prohibición puede resultar muchas veces incompatible con el interés de las partes de reanudar la convivencia o de acordar y establecer pautas o fórmulas de conducta de cara al futuro¹⁰².

A pesar de esta perspectiva amplia de la práctica de la mediación o de otro método de JR, que se defiende en este trabajo, no puede obviarse la polémica existente en nuestro país y en otros, acerca de su aplicabilidad a los delitos de violencia de género. En España, como hemos visto, la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, “veda” la mediación en su art. 44-5. Este artículo 44 comportó la introducción del artículo 87 ter en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁰³. Esta limitadora disposición regula exclusivamente la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por ello algunos autores entienden que la prohibición afecta únicamente al momento procesal de instrucción en que el caso se sustancia ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pero que no se extiende al Juzgado de lo Penal. Por el contrario, otros entienden que la prohibición de aplicar la mediación en estos casos es absoluta en cualquier instancia judicial. En cuanto al fundamento de dicha limitación, SUBIJANA ZUNZUNEGUI señala que trae causa de la consideración que la violencia del hombre sobre la mujer en una relación afectiva supone una criminalidad de dominio. Lo cual denota la peligrosidad de quien basa sus relaciones de pareja en un modelo de imposición y sumisión que conduce a la violencia cuando aparece la frustración¹⁰⁴.

¹⁰² SÁEZ RODRÍGUEZ, C., “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*, Reus, Madrid, 2011, p. 214.

¹⁰³ Art. 87 ter introducido en la LO 6/1985 en virtud del art. 44 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («B.O.E.» 29 diciembre).

¹⁰⁴ SUBIJANA, I.J., “La Igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, RECPC, núm. 12, 2010, p. 18.

Señala GUARDIOLA LAGO que, en el Proyecto de Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, no se prohibía la mediación, sino que el apartado 5 del art. 87 ter. de la LOPJ fue introducido posteriormente a raíz de una enmienda del Grupo Parlamentario de CIU. Este partido argumentó la inadecuación de la mediación cuando existe violencia de género debido a “*la evidente la falta de igualdad entre las partes*”¹⁰⁵. En esta línea se pronuncian los de autores que se manifiestan en contra de la aplicación de la mediación en estos casos. Valoran que existe una desigualdad estructural, basada en el sistema patriarcal que provoca un desequilibrio de poder a favor del hombre frente a la debilidad de la mujer. Al entender que, en estos casos, no se da la necesaria igualdad y equilibrio entre las partes, la mediación efectiva no es posible porque perjudica a la mujer¹⁰⁶.

Por otra parte, también se enfatiza la socialización de género, según la cual las mujeres son educadas de forma diferente a los hombres, promoviendo en ellas valores de servicio y de sacrificio por el bien de la familia. Esta socialización diferencial puede provocar que la disculpa y el perdón, que suelen darse dentro de la mediación, sean contraproducentes e incluso perjudiciales para la mujer. Según esta perspectiva, la mujer es socializada para la conciliación, esforzándose para mantener la relación a pesar de las circunstancias y por encima incluso de su propio bienestar, con lo cual su capacidad de decidir puede estar mediatizada por estas circunstancias¹⁰⁷.

También se alega la conocida teoría del ciclo de la violencia de WALKER¹⁰⁸, que relata cuatro fases de la violencia de género que se repiten sucesivamente (calma, acumulación de tensión, explosión y luna de miel). Si se lleva a cabo una mediación en la fase de calma o de luna de miel las partes aparentemente están tranquilas y puede ser que lleguen a acuerdos ponderando su afán conciliador. No obstante, esos compromisos alcanzados pueden tener una duración breve y dejar de cumplirse cuando el varón irremediamente

¹⁰⁵ GUARDIOLA LAGO, M.J., RGDP, núm. 12, 2009, pp. 19 ss.

¹⁰⁶ IMBROGNO, AR. & IMBROGNO, S., “Mediation in Court Cases of Domestic Violence”, *Families in Society: The Journal of Contemporary Social Services*, 81 (4), 2000, pp. 392-401.

¹⁰⁷ PETRUCCI, C., “Apology in the Criminal Justice setting evidence for including apology as an additional component in the legal system”, *Behavioral Sciencies and the Law*, núm. 20 (4), 2002, pp. 3 ss.

¹⁰⁸ WALKER, L.E., “Psychology and violence against women”, *American Psychologist*, núm. 44 (4), 1989, pp. 695-702.

entre de nuevo en la fase de explosión de la violencia rompiendo los compromisos asumidos. Finalmente, mencionar los casos en que la violencia de género aparece asociada a alguna adicción (drogas o alcohol). En estas situaciones difícilmente podrá erradicarse tal la violencia o llegar a acuerdos sólidos y duraderos si previamente no se trata la adicción¹⁰⁹.

VARONA MARTÍNEZ destaca, por el contrario, la paradoja de que en España sea posible llevar a cabo encuentros restaurativos en delitos muy graves entre víctimas y presos de ETA, y en cambio no sea posible ofrecer la posibilidad de la mediación en casos de violencia de género. Los argumentos en que se apoya esta prohibición, como hemos visto, giran en torno al concepto de desigualdad, de desequilibrio de poder, a una cuestión cultural que hace prevalecer una relación de tipo patriarcal y a la vulnerabilidad de la víctima debido a su posible dependencia emocional. Esta misma autora entiende que la Directiva de la UE de 2012 recoge una perspectiva igualmente poco favorable a la aplicación de la JR en casos de violencia de género, lo que contrasta con otras normas de Derecho Internacional como el Pacto de Estambul sobre la violencia contra la mujer o las Directrices de 2011 para erradicar la impunidad en las violaciones graves de los Derechos humanos, ambas procedentes del Consejo de Europa y que no impiden la mediación en delitos graves, siempre que se den ciertas garantías. Continúa la citada autora que estas contradicciones se deben en parte a la dificultad para definir en qué consiste la victimización grave, el desequilibrio de poder y la vulnerabilidad de las víctimas cuando se parte o promueve una perspectiva centrada desde la víctima y están en juego cuestiones políticas¹¹⁰.

La prohibición de aplicar la mediación en los supuestos de violencia de género debe limitarse estrictamente a los casos y situaciones en que se dan las condiciones exigidas por la LO 1/2004. Según lo expuesto en su exposición de motivos: *“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como*

¹⁰⁹ Precisamente en algunos de estos casos, parte de los acuerdos que puedan alcanzarse en mediación hacen referencia al compromiso de someterse a un tratamiento de desintoxicación por parte del victimario que padece la adicción.

¹¹⁰ VARONA MARTÍNEZ, G., Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, Socio-Legal Series, vol. 4, núm. 3, 2014, p. 555.

el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.” Cabe preguntarse a la luz de esta afirmación, ¿si la discusión entre un hombre y una mujer, por ejemplo, en pleno proceso de divorcio, no se debe a un prejuicio de superioridad del hombre sobre la mujer o a una manifestación de desigualdad o a considerar a las mujeres como seres carentes de libertad o capacidad, actúa igualmente la prohibición establecida por la norma? ¿No cabe nunca entre un hombre y una mujer una discusión desprovista de tales prejuicios y orquestada por otros motivos o simplemente por una diferencia de criterios o intereses?

Por otra parte, como ya he manifestado, la prohibición no puede entenderse extensiva a los demás casos de violencia en el ámbito doméstico como la ejercida entre hermanos, de padres a hijos o viceversa o cuando la víctima de la violencia es varón. En estos casos la mediación no está prohibida y hay situaciones en que puede ser aconsejable para facilitar la reparación a la víctima e intentar pacificar o reconstruir la relación y el vínculo familiar dañado por la comisión del delito¹¹¹.

En la misma línea de interpretación *stricto sensu*, la prohibición expresa de la mediación tampoco debe entenderse extensiva a otros métodos de JR como, por ejemplo, el *conferencing*. Según TAMARIT SUMALLA, la experiencia práctica de esta metodología aporta elementos que permiten reducir o evitar los riesgos que la dinámica bilateral entre autor y víctima, propia de la mediación, pudieran comportar. La posibilidad de incluir en el proceso restaurativo personas del entorno de la víctima o de su grupo familiar, brindándole apoyo, supone empoderarla y compensar la debilidad en la que pudiera sentirse frente al victimario. La integración de estas personas en el diálogo restaurativo amplía el ángulo de perspectiva y permite abordar la complejidad de las posibles problemáticas familiares que subyacen o que pueden haber motivado las manifestaciones de violencia por parte del agresor. Asimismo, facilita identificar si la violencia afecta a

¹¹¹ VALL RIUS, A., “Justicia Restaurativa y violencia de género”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dir.), *Justicia Restaurativa: una Justicia para las Víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 720.

otras personas del mismo grupo, visualizar algunos posibles casos de violencia bidireccional y movilizar los recursos de la propia familia para gestionar y superar la situación que, directa o indirectamente, afecta a todo el sistema familiar. Por otra parte, el mismo autor señala que estos compromisos al ser adoptados ante un mayor número de personas de su círculo de confianza pueden resultar más sólidos y personalmente más vinculantes. Por todo ello, TAMARIT SUMALLA subraya la eficacia de los procesos restaurativos basados en el *conferencing*, y su posible aplicación en nuestro sistema sin necesidad de esperar a una reforma legal, incluso en los casos de violencia de género¹¹².

Una contradicción que puede considerarse relevante en esta materia es la relativa a las sentencias de conformidad reguladas en nuestro marco legal y que se están produciendo de facto, también en los casos de violencia de género. En estos casos se pactan acuerdos, pero la gran diferencia, con los acuerdos obtenidos a través de los instrumentos de la JR, es que la víctima queda al margen de la negociación de estos acuerdos que se discuten entre los abogados y el Ministerio Fiscal. En muchos de estos casos, la víctima no entiende muy bien que ha pasado y por qué no ha sido ni siquiera escuchada. Probablemente sería mucho más satisfactorio para la víctima participar en un encuentro restaurativo si voluntariamente ambas partes así lo manifiestan, y alcanzar acuerdos que le permitan expresar sus necesidades, conjugadas con las posibilidades de reparación del ofensor y que estos acuerdos constituyan la base de la sentencia de conformidad.

En un intento de despenalizar los casos de violencia familiar leves, un informe sobre la violencia en el ámbito familiar del CGPJ de 21 de marzo del 2001 destacaba, entre otros aspectos, la conveniencia de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves relativas a la violencia doméstica, indicando el deseo de potenciar mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, en aquellos casos en los que la gravedad del hecho y las circunstancias personales, familiares y sociales aconsejasen y permitieran el mantenimiento de la relación familiar o de pareja¹¹³.

¹¹² TAMARIT SUMALLA, J.M., CPJML, Universidad de Deusto, núm. 9/2013, Bilbao, 2013, p. 325.

¹¹³ CALVO GARCÍA, M., "El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de Justicia, Estudio realizado para el Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 3 ss.

Autores como VILLACAMPA ESTIARTE recogen argumentos a favor de la aplicación de programas de JR a los casos de violencia de género, destacando que permiten a las víctimas explicar su propia vivencia respecto a la violencia padecida y ser así escuchadas, adquiriendo un protagonismo y una centralidad de la que carecen en el proceso penal tradicional. Por ello, en general, las víctimas perciben el proceso de mediación más justo que el proceso tradicional y se sienten en definitiva más satisfechas. Comparto la opinión de la citada autora, cuando destaca que debe evitarse el que intervenga una mujer en una mediación cuando no está preparada para ello o presionarla para que llegue a un acuerdo¹¹⁴. Si se excluyen estas situaciones, los programas de JR pueden contribuir a reconocer el protagonismo, a recuperar el poder y la capacidad de la víctima, reduciendo su victimización, incluida la victimización secundaria que acostumbran a padecer las víctimas a su paso por el sistema de justicia tradicional.

Otra de las ventajas destacadas por VILLACAMPA ESTIARTE es el hecho de que la mediación permite dar respuesta a aquellas víctimas que no persiguen la acusación formal del victimario, ni se plantean la ruptura de la convivencia, sino que acuden a la policía buscando, sobre todo, una protección inmediata. En estos casos, los mecanismos de JR y en especial la mediación, facilitan acuerdos que la víctima considera reparadores y duraderos, como sucede, por ejemplo, cuando el ofensor se compromete a someterse a algún tipo de tratamiento para trabajar su autocontrol o a una terapia para superar su adicción al alcohol o a otro tipo de drogas, en función del caso. En este sentido, un estudio cualitativo aportado por VILLACAMPA ESTIARTE, ha evaluado los programas de mediación víctima-ofensor aplicados en supuestos de violencia familiar en el ámbito de la pareja y deduce que tanto las víctimas como los ofensores se consideran en general satisfechos con los resultados de estos programas. El referido análisis concluye que la circunstancia que produce una mayor satisfacción de las víctimas con tales programas, consiste en la posibilidad de hablar de la violencia sufrida y de poder condenarla en un contexto en el que se sienten seguras ¹¹⁵.

¹¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., RP, núm. 30, 2012, p. 189.

¹¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., Polít. Crim, núm. 29, 2020, p. 48.

Respecto al ofensor facilitan una mayor reflexión personal y asunción de la responsabilidad por los hechos cometidos que les exige realizar actuaciones posteriores de tipo compensatorio¹¹⁶. Algunos autores como SEGOVIA BERNABÉ señalan que esta responsabilidad encuentra su fundamento en la dignidad de la persona y en la capacidad de reconducir el rumbo de nuestra vida¹¹⁷. Por su parte SUBIJANA destaca que, en toda criminalidad de dominio se afirma la asimetría de poder entre víctima y victimario que impide la creación de un espacio de libertad clave para la mediación. Aunque entiende que, estas situaciones, realmente, solo se dan en los casos de violencia de pareja calificada como violencia de género por constituir, según el art. 1.1 de la LO 1/2004, una manifestación de desigualdad, de discriminación y del ejercicio de poder del hombre sobre la mujer. En los demás supuestos en los que no se da esta situación de dominio, sumisión o dependencia emocional, puede entenderse que no existe esa vulneración de la capacidad decisoria. Este mismo autor señala que incluso en los casos de relación de dominio, una actuación terapéutica y asistencial previa puede permitir a la víctima salir de la situación de sumisión y recuperar el control de su vida. Con lo cual puede optar por llevar a cabo estrategias de tipo autocompositivo como la mediación con plena voluntad, libertad y consciencia haciendo así uso de su autonomía vital¹¹⁸.

En esta misma línea, autores como ALZATE¹¹⁹ o CASTILLEJO MANZANARES¹²⁰ también defienden la posibilidad de llevar a cabo mediaciones en los casos de violencia doméstica e incluso de género cuando los episodios violentos sean ocasionales o leves, la víctima conserve su plena capacidad de decisión, y así lo estime el Juez que instruye el caso de acuerdo con la expertise de psicólogos y mediadores especializados en este concreto ámbito.

¹¹⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, V., *Justicia Restaurativa*, cit., p. 24.

¹¹⁷ BERNABÉ SEGOVIA, J.L., “Justicia Restaurativa y Mediación Penal”, en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords.), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 187.

¹¹⁸ SUBIJANA, I.J., RECPC, núm. 12, 2010, p. 18.

¹¹⁹ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R./ MERINO ORTÍZ, C. / MÉNDEZ VALDIVIA, M.T., “Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja”, en TORRADO TARRÍO, C. (Coord.) / CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis de los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Wolters Kluwer: La Ley, 2013, pp. 451 ss.

¹²⁰ CASTILLEJOS MANZANARES, R., “El Estatuto de la Víctima y las víctimas de violencia de género”. *Revista LL*, núm. 8884, 2016, pp. 3 ss.

Igualmente, GUARDIOLA LAGO expresa la necesidad de una legislación en la que se reconozca la diversidad de las víctimas, ya que no todas son vulnerables e incapaces de defender sus intereses, ni todas están preparadas para defenderse y actuar delante del agresor¹²¹. Si se reconociese finalmente esta evidente diversidad de situaciones y se tuvieran en cuenta los llamados casos de violencia de baja intensidad deberían arbitrarse una serie de mecanismos exclusivos para ofrecer la mejor respuesta a la realidad y a las necesidades de cada situación, y contar con la colaboración de expertos en la valoración de la plena capacidad cognitiva, volitiva y decisoria de las víctimas para participar en la mediación libres de toda coacción o dependencia. En todo caso, la mediación ha de desarrollarse en una situación de equilibrio entre las partes. Si no se da, el mediador, a través de diferentes técnicas de comunicación, intentará facilitar un reequilibrio de poder.

En caso de violencia de género, ya exista denuncia o no, cuando una parte actúe por temor, miedo reverencial, dependencia emocional, económica o de otro tipo, la mediación no será la vía más adecuada. Incluso más allá de la violencia de género, en todas aquellas situaciones en que exista alguna circunstancia que limite la voluntad de una persona y coarte o anule su capacidad de decidir, no será posible la mediación. Cuando el mediador detecte que no existe esa imprescindible voluntad libre, informada y consciente deberá dar por finalizada la mediación¹²². Lo mismo sucederá en el caso en que el mediador no consiga reequilibrar la diferencia de poder entre las partes y la más fuerte intente imponer su voluntad a la más débil sin que ésta tenga suficiente capacidad para defender sus intereses y necesidades en el proceso de toma de decisiones facilitado por la mediación. En estos supuestos, la ética mediadora impone la finalización del proceso mediador para evitar el posible perjuicio a la parte más débil.

En la línea expuesta por GUARDIOLA LAGO, entiendo que no todas las víctimas de violencia de género son igualmente vulnerables e incapaces de defender sus intereses en un proceso mediador, idea que al parecer subyace en la legislación española. Aunque tampoco todas están preparadas para defender sus intereses frente al agresor. Por ello la

¹²¹ GUARDIOLA LAGO, M.J., RGDP, núm. 12, 2009, pp. 35 ss.

¹²² VALL RIUS, A., “La Mediación como respuesta útil en casos de archivo de la causa penal”, en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords.), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 61.

legislación debería tener en cuenta la diversidad de situaciones y arbitrar un abanico de mecanismos diferentes orientados a encontrar la respuesta más adecuada para cada caso, en función de su realidad concreta y con una valoración previa por parte de especialistas¹²³. La mediación entiendo que debería estar entre estas opciones posibles cuando pudiera ser útil en el caso concreto, y siempre que se diesen los requisitos de capacidad y voluntad comentados.

SÁEZ RODRÍGUEZ opina que las dificultades e impedimentos que el sistema penal pone para que la mediación pueda ser también una opción en los delitos de violencia de género provienen de un planteamiento estratégico erróneo para afrontar la lucha contra la violencia sobre la mujer. Se aplican los contundentes, aunque limitados medios del derecho penal, partiendo de ubicar siempre a la mujer en un plano de extrema vulnerabilidad. Esta vulnerabilidad se intenta superar aplicando un tratamiento de excepcionalidad que incluye unos supuestos privilegios y teóricas ventajas que le impiden, más allá de su voluntad, el libre ejercicio de los derechos y obligaciones ciudadanas¹²⁴.

Por otra parte, como han puesto de relieve diversos autores¹²⁵, y la experiencia piloto iniciada en 2008 por el Centro de Mediación Familiar de Catalunya (actualmente Centro de Mediación de Catalunya), se ha demostrado que puede ser oportuno y útil derivar a mediación asuntos de violencia de género tras el archivo de la causa. No olvidemos que una vez archivado el expediente judicial se presume que la persona denunciada es inocente¹²⁶. El propio Juez, una vez archivada la causa puede realizar, más que una

¹²³ GUARDIOLA LAGO, M.J., RGDP, núm. 12, 2009, pp. 34 ss.

¹²⁴ SAÉZ RODRÍGUEZ, C., en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ M.P. (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal*, cit., p. 270.

¹²⁵ TARRAGÓ PÉREZ, M. / SORIA VERDE, M.A. / CAMARERO SÁNCHO, L., “Violencia de género, una materia mediable”, *Revista Iuris, actualidad y práctica del Derecho*, núm. 174, 2012, p. 28.

¹²⁶ Según VALL RIUS, A. / GUILLAMAT RUBIO, A., “Mediación y Violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal”, *RM*, núm. 7, 2011, p. 20: “una parte importante de las denuncias de violencia de género, que llegan a los Juzgados especializados en esta materia al amparo de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, son archivadas. Este archivo supone el cierre del expediente judicial, pero no el fin del conflicto, que incluso puede verse agravado por la interposición de la denuncia. Facilitar la mediación en estos supuestos, orientada desde la propia sede judicial, supone una respuesta útil para las personas que viven estas situaciones, ya que la mujer se siente atendida en su petición de algún tipo de respuesta judicial y se aporta al conjunto familiar la posibilidad de construir una solución efectiva, satisfactoria y preventiva, elaborada, de forma libre y consciente, por

derivación, una recomendación a las partes para que acudan a mediación, si voluntariamente lo consideran conveniente, como un espacio donde poder abordar sus discrepancias.

En definitiva, estimo que una actuación mediadora, iniciada a petición del Juez, del Fiscal o de las propias partes, y voluntariamente aceptada por sus protagonistas, con plena libertad, equilibrio de poder y capacidad para decidir, con asesoramiento técnico psicológico cuando sea necesario, será en todo caso positiva. Se trata, como menciona VILLACAMPA ESTIARTE de contar con personas mediadoras preparadas para intervenir en esta materia y de articular unos protocolos específicos que sean adecuados a estas situaciones¹²⁷. Esta intervención tendrá efectos útiles, independientemente de la gravedad del delito, y más allá, incluso, del propio resultado de la mediación o del reconocimiento de posibles consecuencias jurídico-penales. A mi juicio, la posibilidad de aplicar la mediación, en función del caso concreto y adoptando las necesarias garantías, permite una comprensión y un trabajo más integral de estas situaciones, con un enfoque más responsabilizador, desvictimizador y menos limitado a la relevancia únicamente jurídico penal de estas conductas¹²⁸.

5. RECAPITULACIÓN

En estos epígrafes hemos abordado la mediación como institución que puede aportar múltiples ventajas si se incorpora de forma genérica y decidida como mecanismo complementario en el ámbito del sistema penal. Los beneficios de insertar esta nueva figura no solo aportan flexibilidad al marco penal, sino también destacados elementos útiles, tanto para satisfacer las necesidades de la víctima, como para ofrecer oportunidades reales de reflexión y cambio para el victimario y de pacificación para su entorno, ya sea el familiar más inmediato o el ámbito social, donde desarrolla su vida y crea sus relaciones laborales y vecinales.

las propias partes, desde la mediación". La intervención mediadora en estos casos puede adquirir además un especial valor preventivo y de contención que evite una escalada conflictual.

¹²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., Polít. Crim, núm. 29, 2020, p. 65.

¹²⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., RP, núm. 30, 2012, p. 193.

Frente a las críticas tradicionales de falta de protagonismo de la víctima en el sistema penal, la mediación le brinda ese necesario reconocimiento, le devuelve la palabra y la posibilidad de ser escuchada, si así voluntariamente lo decide. Por tanto, la mediación engrazada como un mecanismo especial dentro del sistema penal, evita esa crítica de falta de reconocimiento de la figura de la víctima por parte del sistema, ya que es el propio marco penal el que facilita y propicia la opción mediadora si voluntariamente lo solicita. El engranaje judicial permite pues, a través de la mediación, que la víctima tenga la posibilidad de participar en las decisiones que conviene adoptar sobre las consecuencias del delito que ha protagonizado de forma involuntaria. También el victimario podrá ser escuchado y participar en ese diálogo, siempre que ambas partes esten de acuerdo y se reúnan unos mínimos requisitos de seguridad y de reconocimiento hacia la víctima.

Se ha abordado también la figura del mediador como agente esencial que hace posible y coordina ese espacio de diálogo y comprensión mutua, en el que la víctima podrá expresar su vivencia victimal y el ofensor tendrá la oportunidad de intentar reparar, por propia mano, el daño que ha causado. La persona mediadora deberá reunir una serie de requisitos tanto formativos como de actitud, de aptitud y de competencias personales y profesionales para llevar a cabo, con unas mínimas garantías, su delicada labor. Su responsabilidad no solo es hacia el sistema sino, sobre todo, en relación con las personas que participan en la mediación o en la apropiada gestión de la figura que se ponga en práctica de la JR. Generalmente recibe el nombre de “persona facilitadora” cuando la metodología aplicada sea un círculo, una conferencia o un encuentro restaurativo.

Finalmente se ha expuesto la posibilidad de optar por la mediación u otra figura de JR en los casos de violencia de género. Ciertamente se trata de un tema polémico y complejo, con sectores de la doctrina y de la práctica a favor y otros abiertamente en contra. Como hemos visto, la normativa actual reguladora de la materia: la LO 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género prohíbe la mediación en los casos que regula. Se trata no obstante de una prohibición limitada (de forma textual por el art. 44.5 de la mencionada LO y el art. 87.ter. 5 de la LOPJ) que afecta a la fase de Instrucción cuando se sustancian dichos supuestos ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer. Por otra parte, la prohibición hace una nítida referencia a la mediación, pero no dice nada

respecto a los demás métodos de JR. Por tanto, se abre una duda muy razonable respecto a la posibilidad de aplicar otros métodos de JR (como por ejemplo el *conferencing*) en estos casos e incluso la propia mediación en el Juzgado de lo penal, una vez superada la fase de instrucción ante el Juzgado de Violencia contra la mujer.

Más allá de la discusión sobre prohibir o no prohibir, desde la óptica de este trabajo, se estima que lo realmente fundamental y lo que debería respetar y proteger la Ley es, en todo caso y a parte, por supuesto, de la integridad física y psicológica de la mujer, su voluntad, su libre albedrío y la posibilidad de optar por la vía que estime más conveniente como persona adulta y plenamente capacitada. Se trataría de facilitar que pueda tomar las decisiones que valore como más oportunas de una forma totalmente libre, consciente e informada acerca de su propia vida y de sus circunstancias, cuando tenga la plena y necesaria capacidad para ello.

CAPÍTULO VII.

UNA APROXIMACIÓN COMPARADA A LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Para establecer una referencia comparativa se han escogido algunos de los sistemas que regulan jurídicamente o acogen en la práctica la mediación en el ámbito penal u otros sistemas de JR de diferentes países europeos. Se han seleccionado éstos en concreto por presentar alguna peculiaridad significativa o algún elemento de interés que podría ser exportado a otros sistemas penales. Se trata además de estados con los que nos unen similitudes jurídicas y proximidad geográfica y el hecho de compartir, con la mayoría de ellos, un proyecto común como es la Unión Europea. Por otra parte, respecto a países como Bélgica, especialmente, existe un contacto muy estrecho en estos temas, con relaciones muy útiles, mantenidas desde hace años. Esta relación ha permitido un intercambio muy fructífero de experiencias prácticas y también de teorías que, posteriormente, han alimentado la práctica. Debe destacarse en este sentido, la participación de bastantes estudiosos y prácticos españoles de JR en *el European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, ya mencionado anteriormente, que nació en Lovaine, concretamente en su Universidad Católica. El *European Forum* ha permitido convocar a personas involucradas en el mundo de la JR de toda Europa, especialmente de Bélgica, de Alemania y de Francia, países con los cuales el intercambio de ideas y propuestas ha sido más fecundo y enriquecedor y por ello se recogen sus experiencias en estas páginas. Aunque no podemos olvidar que, en otras naciones más distantes geográficamente, pero con modelos de justicia penal asimilables al nuestro, la JR ha alcanzado un muy notable protagonismo, como en Nueva Zelanda donde, como afirma ZEHR, desde el año 1989 supone el eje central de todo su sistema nacional de justicia juvenil¹.

La implantación de la mediación adquiere, en cada país, un significado diverso y con ella se potencian, con mayor o menor intensidad, determinados objetivos que pueden ser

¹ ZEHR, H., *El pequeño libro*, cit., p. 6.

preferentes. Por ejemplo, en algunos estados la utilización de la mediación se orienta principalmente al ofensor, con la finalidad de reducir la reincidencia, evitar la estigmatización que supone la imposición de determinados tipos de sanciones y potenciar un proceso personal de reflexión que reduzca la posibilidad de recaer en nuevas conductas delictivas. En otros en cambio, el objetivo principal que ha motivado la introducción de estos métodos ha sido reconocer un mayor protagonismo y participación a la víctima y garantizar la eficacia de la compensación efectiva del daño padecido.

A estas razones podemos sumar otras distintas, por ejemplo, Luxemburgo, en donde emerge la mediación, a mediados de los años 90 principalmente, por ser un método que los fiscales consideraron como útil para compensar la falta de persecución de aquellos supuestos de escasa gravedad. En estas situaciones no se consideraba adecuado seguir con la acción penal, pero la falta de persecución no era bien asumida por la víctima y por la opinión pública, entendiéndose que la carencia de respuesta podía animar al autor a repetir los hechos. Según SCHROEDER los fiscales de Luxemburgo y Diekirch² mencionaron en 1995 la posibilidad de introducir formalmente la VOM (*Victim-Offender Mediation*) en el procedimiento penal. Su propósito principal para promover la mediación era reducir el número de casos en los que el Fiscal no iniciaba ninguna acción. Para estos hechos en los que, debido a su escasa gravedad, no se consideraba apropiado iniciar o continuar la acción penal, la mediación podía suponer una reacción alternativa adecuada, ya que no dejaba la infracción cometida sin respuesta por parte de la Administración de Justicia y, a la vez, la consecuencia generada a raíz del delito podía ser proporcionada a su escasa entidad, dando satisfacción a la víctima y ofreciendo una opción no estigmatizante para el acusado.

Otro factor destacado en la progresiva implementación efectiva de la mediación en Europa³ ha sido la fructífera colaboración y el intercambio que se está produciendo entre países con un destacado arraigo mediador y una metodología de trabajo bien definida y otros, por lo general emergentes del Este de Europa, que muestran un gran interés por

² SCHROEDER, P., “*Restorative Justice developments in Luxembourg*”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. núm. 4 (2), junio, 2003, pp. 1 ss.

³ LEMONNE, A. / HYDLE, I. (Coord). VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I., WILLEMSSENS, J., “*The evaluation of restorative justice: lessons to be learned from a data collection in Europe*”, La Haya, 2010, pp. 17 ss.

conocer e implementar la mediación en su propio sistema. En este sentido FELLEGI pone ejemplos de cómo la colaboración de Rusia y del Reino Unido, ha permitido intercambiar las respectivas experiencias⁴. También Albania se ha convertido en un ejemplo de la beneficiosa cooperación entre Este y Oeste en la implantación de la mediación, ya que tanto los gobiernos de Noruega como de Dinamarca ofrecieron un importante apoyo a la fundación “Resolución de conflictos y Reconciliación en disputas”, organismo que gestiona la mediación en Albania. Rumanía es otro ejemplo de cómo la colaboración, en este caso del gobierno rumano con el gobierno británico, ha permitido estimular la implantación de la JR en el sistema penal juvenil del primero. La misma Bosnia Herzegovina muestra la importancia de la colaboración de organismos internacionales, como el Consejo de Europa, que, en este caso, permitió, tras la guerra, construir servicios de JR.

Como destaca ZERNOVA, en algunos países es sobresaliente el empleo de estos métodos dentro del marco de las instituciones policiales. En este sentido, destaca la utilización de las conferencias que se inicia a mediados de los 90, con un notorio reconocimiento en el Reino Unido al ser aplicadas de forma habitual por la policía de *Thames Valley* que partió del modelo *Wagga*. Aunque también en otros lugares se fueron implantando modelos conducidos por la policía de forma similar al modelo de *Thames Valley*, ZERNOVA destaca en especial Canberra en Australia o Bethlehem en Pensilvania⁵.

A pesar de los diferentes enfoques, relaciones y apoyos, como subraya DAGMAR DERGLOVA, en el núcleo de cada perspectiva individual sobre la mediación y la JR, podemos encontrar ideas generales y que cada sistema trata de avanzar a través de sus propias prácticas y en base a sus propias tradiciones y cultura jurídica. Los diferentes enfoques coinciden en la necesidad general de compensar los daños causados por las actividades delictivas, así como en ofrecer un apoyo moral a la víctima para equilibrar la relación entre el ofensor y la comunidad en que vive⁶. Es evidente que no es posible

⁴ FELLEGI, B., “Introducción de la Mediación víctima ofensor en Europa central y del Este”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. 5 (3), 2004, pp. 1 ss.

⁵ ZERNOVA, M., *Restorative Justice*, cit., pp. 14 s.

⁶ DERGLOVA, D., “*CRP Workshop, Prague 15-16 may, 2003*”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. 4 (2), junio 2003, p. 7

encontrar un sistema o un método único universal sobre cómo utilizar la mediación; sería incluso contraproducente, ya que podría suponer la pérdida de su flexibilidad y de las características y circunstancias particulares que permiten su adaptabilidad a los requerimientos de cada situación. Por tanto, existen diversas posibilidades y modos de utilizar la mediación y de aplicar la filosofía de la JR sin que eso vaya en detrimento de su calidad y utilidad. Las líneas y métodos que han demostrado ser eficaces y haber actuado apropiadamente en un país pueden también servir de modelo orientativo en otras partes. En definitiva, como señala DERGELOVA, podemos mejorar la utilización de estos métodos, aprendiendo e intercambiando conocimientos y experiencias prácticas entre los distintos programas de mediación y de JR en general, que ya están funcionando con acreditada solvencia en toda Europa, en América, en Australia o en Nueva Zelanda.

2. LA MEDIACIÓN EN ALEMANIA

2.1. Un apunte sobre su utilización a los menores y a los adultos

Como señala HARTMANN, el término prácticamente oficial que se utiliza en Alemania para designar la JR y la mediación entre víctima y ofensor es *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA)⁷. De 1985 a 1989 empiezan a surgir en Alemania proyectos e iniciativas de mediación entre víctimas y ofensores, incrementándose rápidamente por todo el país, incluida Alemania del Este tras la reunificación. Pero como destacan LENZ / WEITEKAMP / KERNER⁸, en ese momento inicial se trataba, sobre todo, de un movimiento de base surgido más de iniciativas individuales que de un plan organizado.

GORDILLO SANTANA señala que la discusión sobre la mediación penal en Europa empezó precisamente en Alemania a mediados de los años ochenta. Este movimiento surge con fuerza a raíz de las críticas a las penas del modelo tradicional retributivo, que dificultan la efectiva reintegración del delincuente y no satisfacen a la víctima, sino que en muchas

⁷ HARTMANN, A., “Legal provisions of Restorative Justice in Germany”, en GYOKOS, M. / LANYI, K. (Eds.), *European best practices of Restorative Justice in Criminal Procedure, Budapest, Ministry of Justice and Law enforcement, Republic of Hungary*, 2010, p. 125.

⁸ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., “*Depicting the development of victim-offender mediation. Empirical research on restorative justice in Germany*”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities*, Eleven, La Haya, 2010, p. 121.

ocasiones generan una mayor victimización, además de la victimización secundaria⁹. Según LENZ / WEITEKAMP / KERNER¹⁰, en la segunda década del siglo XX no pueden cifrarse con exactitud el número de proyectos de mediación entre víctimas y ofensores que existen en Alemania, aunque la página web de *TOA-Servicebüro*¹¹ de Colonia, identificaba más de 200 Proyectos en el año 2010. Por otra parte, como destacan DÜNKEL / PAROSANU, a finales de los setenta todavía no se tenía una idea clara sobre cuál debería ser el papel futuro de la víctima en el proceso penal o en los procedimientos extrajudiciales que podrían definirse en términos de JR. Pero a mediados de los ochenta comenzaron los primeros proyectos piloto de mediación que se erigieron en el germen del movimiento que en Alemania impulsaría la JR¹². Efectivamente, en 1986 se aprobó la ley que enfatizó la necesaria participación de las víctimas en el proceso penal (ley de protección de víctimas, *opferschutzgesetz*) que años después desembocaría en los esfuerzos desplegados a fin de mejorar las posibilidades de la mediación y la reparación / restitución¹³. En general, como destaca algún autor se han producido modificaciones significativas tanto en materia penal como procesal penal, especialmente entre 2003 y 2006¹⁴.

El funcionamiento de la mediación en Alemania muestra una destacada diversidad, ya que, por una parte, podemos encontrar proyectos que funcionan de forma satisfactoria sin problemas, bien equipados y con personal suficiente, que atiende varios cientos de casos al año. Por otra parte, existen pequeñas asociaciones, con bajos presupuestos y escaso personal, que llevan menos de 30 casos al año. Además de estas evidentes diferencias, todos los proyectos de mediación entre víctima y ofensor en Alemania han debido afrontar el mismo problema general de toda Europa respecto a la reducción de presupuestos

⁹ GORDILLO SANTANA, L., *La mediación penal*, cit., p. 168.

¹⁰ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 131 ss.

¹¹ Información sobre el *TOA Service Büro* accesible en línea: <http://www.toa-servicebuero.de/>.

¹² DÜNKEL, F. / PAROSANU, A., “Germany”, en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 293 s.

¹³ Especialmente significativa en ese sentido fue la reforma de la Ley de Justicia Juvenil de 1990, Sección 1.2 y la enmienda de la Código Penal, § 46a, Sección 2.2.1.

¹⁴ MEDINA SCHULZ, G., “Sistemas penales comparados, Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006) Alemania”, RP, núm. 18, 2006, p. 249

públicos de los últimos años; incluso algunos proyectos exitosos, comparativamente hablando, se han cerrado por falta de presupuesto suficiente.

El desarrollo práctico iniciado en los años ochenta influyó en la reforma del Derecho penal juvenil alemán y a largo plazo también en el Derecho penal general. HARTMANN destaca dos aspectos. Por una parte, la implementación de TOA ha sido eminentemente práctica y se ha desarrollado fundamentalmente a través de movimientos de base que han tenido influencia en el sistema de justicia criminal. Y, por otra parte, el concepto legal definido en la Sección 46-a del Código Penal alemán (*StGB*) y la Sección 10, subsección 7 de la Ley de la Corte Criminal Juvenil (*Jugendgerichtsgesetz*)¹⁵.

El 1 de diciembre de 1990 la mediación supuso parte de las revisiones de los párrafos 45 y 47 del *Jugendgerichtsgesetz* (Ley del Tribunal Juvenil). Desde entonces los jueces de justicia juvenil y los fiscales pueden derivar a mediación aquellos casos que consideren apropiados, incluidos delitos graves. Eventualmente, incluso pueden descartar el procedimiento penal si la mediación finaliza con acuerdo. La Ley prevé también otras posibilidades para iniciar la mediación y tener en cuenta sus resultados. Cuatro años más tarde, el 1 de diciembre de 1994, se añadió también un nuevo párrafo (§46) sobre mediación al *StGB*.

Por tanto, existe una regulación concreta que autoriza el uso de la mediación para determinados propósitos, tanto en el CP (§ 46), como en el de Procedimiento Criminal (§ 153) o en el Derecho penal juvenil, a través del Decreto de 1953, modificado por el Decreto de 1990 de Enmienda de la Ley del Tribunal Juvenil (§ 10, 15, 45 y 47). Estos supuestos incluyen el desvío o derivación (*diversion*) fuera de la persecución penal y el pago de compensación como una opción de la sentencia¹⁶. La práctica se regula a través de directrices tanto federales como de los propios *Länder*. Como afirman MIERS / WILLEMSSENS, en sentido amplio, la ley alemana distingue entre aquellas medidas orientadas a la víctima, que pueden ser adoptadas sin necesidad de juicio y aquellas que

¹⁵ HARTMANN, A., “Legal provisions of Restorative Justice in Germany”, en GYOKOS, M. / LANYI, K. (Eds.), *European best practices of Restorative Justice in Criminal Procedure*, cit., p. 125, para ampliar información (en línea: https://ec.europa.eu/home-affairs/financing/fundings/projects/JLS_2007_ISEC_FPA_C1_033_en).

¹⁶ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice, Developments in 25 European Countries*, European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice, Lovaina, 2004, p. 67.

siguen a un juicio. En general, existe una estructura dual de las medidas restaurativas a disposición de las autoridades titulares de la persecución penal. La primera categoría de las disposiciones trata la mediación y la compensación en el contexto del desvío de la persecución fuera de la justicia penal (*diversion*) sin una condena formal al ofensor. La segunda categoría se hace relevante cuando el ofensor es formalmente sentenciado¹⁷. A continuación, realizaré una breve descripción del alcance en Alemania de la mediación en la justicia juvenil y de adultos.

Siguiendo a los mencionados autores, la revisión de los §§ 45 y 47 del *Jugendgerichtsgesetz* (Decreto de Justicia Juvenil de 1953), prevé la mediación como una forma de desviar el caso o de evitar su entrada en el sistema penal, antes de formular la acusación penal o de castigar. El Fiscal y el Juez han de considerar la posibilidad de aplicar medidas informales. El Decreto establece que los esfuerzos del ofensor encaminados a la reconciliación constituyen una razón específica para la interrupción por parte del Fiscal; igualmente el Juez, por la misma razón, puede sobreseer el caso¹⁸. Si la mediación finaliza con éxito, el Fiscal puede descartar el caso en aquellos supuestos en que la ofensa es relativamente no grave. En casos más graves o en aquellos en que el ofensor tiene antecedentes penales significativos, el Fiscal seguirá adelante con la persecución penal, mientras se fija la atención del tribunal en el resultado de la mediación que puede tener consecuencias jurídicas posteriores.

Según el §10, el Juez puede disponer que la mediación tenga lugar como parte de una medida educativa. Esta medida, como las órdenes del §15 de restituir o de pedir disculpas, pueden darse sin tener en cuenta la voluntad del ofensor respecto a si admite su responsabilidad (como es el caso de los § 45 y § 47). Por tanto, estas medidas son más disciplinarias, principalmente, que diversionarias y están dirigidas a “*castigar al ofensor y a dejar claro que se ha cometido una injusticia*”. Aparte de la reparación obligatoria del § 15, se puede ordenar al ofensor que lleve a cabo otros servicios para la víctima. Sin

¹⁷ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice, Developments*, cit., pp. 67 y ss.

¹⁸ Según destacan LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., pp. 123 y ss, el Juez y el Fiscal pueden descartar completamente el procedimiento penal después de una mediación finalizada con éxito. Como ejemplo MIERS / WILLEMSSENS citan la Fiscalía de Brandenburgo que deriva a jóvenes a los Servicios de mediación independientes o a los mediadores especializados que colaboran con los juzgados de menores.

embargo, en la práctica, las sanciones recogidas en los §10 y 15 son aplicadas tan solo en 2 % de los supuestos. La utilización de la mediación es mucho más usual para proponer que el caso quede fuera de la vía penal.

Con respecto a los adultos, en el §153 StPO (Código de Procedimiento Penal) es aplicable a los mayores de 21 años y en algunos casos a los mayores de 18 y permite la suspensión del procedimiento penal. Se actúa de dos formas: en primer lugar, en los supuestos menos graves, en los cuales no hay un interés público en la persecución penal. En estos casos el Fiscal tiene la oportunidad de interrumpir el avance de la investigación, cuando el ofensor ha restituido voluntariamente a la víctima, o ha alcanzado una reconciliación con ella a través de la mediación realizada entre ambos. El Fiscal no requiere el consentimiento del juzgador. En segundo lugar, en los casos más graves, la reconciliación y la reparación realizadas con éxito permiten al Juez, con el consentimiento del Fiscal, sobreseer la acusación. El §153 recoge el instrumento legislativo más utilizado de derivación fuera del sistema penal (*diversionary*) o interrupción del proceso¹⁹. Mientras que el §153 tiene un efecto de desviación anterior al juicio, el contenido del §46 *Strafgesetzbuch* (Código de Derecho penal) afecta a la sentencia y existen dos posibilidades: en la primera se trata de supuestos en los cuales la mediación entre la víctima y el ofensor contempla un acuerdo mediante el cual el ofensor ha reparado total o sustancialmente a la víctima o ha realizado importantes esfuerzos en ese sentido (§ 46.a). La víctima es libre de llegar a un acuerdo por menos del daño padecido, pero sea cual sea el acuerdo, como simplemente una disculpa, se considera que la contribución del ofensor debe ser seria y genuina. Esta posibilidad se centra, principalmente, en ofrecer una disculpa, no una reparación material. La segunda posibilidad contempla una compensación material a la víctima por parte del ofensor, que repara todo el daño producido o una parte sustancial. El ofensor es requerido para que reconozca su comportamiento delictivo y, como en el primer caso, su esfuerzo debe ser importante. La compensación ha de proceder del ofensor, ha de ser fruto de su “*esfuerzo personal o de alguna forma de sacrificio*” (§ 46b).

¹⁹ Afirma WALTHER, S., “Reparation in the German criminal justice System: What is and what remains to be done”, *International Review of Victimology*, 7, 2000, p. 265, que mientras solo algunas ofensas menores son elegidas para un acuerdo sin juicio, las condiciones previas para aplicar estas disposiciones se dan en, al menos, la mitad de los casos perseguibles.

En aquellos supuestos en que se ha llevado a término la mediación, o el ofensor ha realizado una compensación a la víctima, el juzgado puede atenuar la sentencia de dos formas. En los casos en que el ofensor pueda ser sentenciado a no más de un año de prisión o a una multa que no exceda de un múltiplo de 360 días multa, el juzgador puede descartar el castigo completamente²⁰. La segunda posibilidad consiste en una reducción de la sentencia. Esta opción se aplica igualmente a las sentencias que excedan de un año de prisión. Estas previsiones son aplicables a todo tipo de ofensas, excepto en los delitos sin víctima concreta (como los delitos relacionados con tráfico de drogas) en los delitos contra el Estado o delitos tributarios. La víctima debe ser, por lo general, una persona física. Las personas jurídicas o corporaciones pueden ser incluidas si actúan a través de representación.

2.2. Estructura y funcionamiento de los servicios de mediación

En cada Estado, la mediación víctima ofensor puede estar ubicada en la oficina judicial juvenil del juzgado (en 1996 representaba el 60% del total), en los servicios sociales (el 15 %), o bien en un servicio independiente (25 %). La financiación varía tanto en la cantidad como en su origen, que puede proceder tanto del servicio social local o de los presupuestos del juzgado de jóvenes, o en el supuesto de los proveedores independientes, un conjunto de fondos públicos y privados. Algunas entidades suministradoras de este servicio son subvencionadas por el Gobierno Federal²¹. Los servicios varían mucho en cuanto al usuario básico y respecto al número de casos que se gestionan cada año. Aproximadamente tres cuartas partes de estos servicios trabajan con ofensores menores y adultos, el resto se divide de forma similar entre los que atienden solo a adultos y aquellos que se dedican exclusivamente a los jóvenes. Algunos pueden gestionar cien casos por año y otros solo diez.

Los servicios dentro de los *Länder* son de tres tipos principales: los que combinan el trabajo orientado hacia víctima-ofensor y atención orientada hacia el ofensor; servicios

²⁰ Es de especial significación que el 95% de sentencias recaigan dentro de estos límites.

²¹ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., "Depicting the development", en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., pp. 125 ss.

que funcionan, en general, con una combinación de mediación víctima-ofensor y trabajo enfocado al ofensor, pero con uno o más mediadores especializados; y, en tercer lugar, servicios que se dedican exclusivamente a la mediación víctima ofensor. En 1996, un poco más de la mitad de los servicios eran del primer tipo, pero la proporción ha cambiado a medida que se ha reconocido que los principios de la mediación víctima-ofensor pueden funcionar igualmente en los casos en que los mediadores están también comprometidos en la labor orientada hacia el ofensor. La tendencia, por tanto, parece conducir a que los servicios se especialicen solo en mediación²².

El Ministerio de Justicia dicta directrices generales aplicables a toda la actividad mediadora. Adicionalmente, cada Estado Federal puede emitir directrices propias. Estas directrices regulan materias estándar como la naturaleza de los acuerdos entre las partes, la posición de las víctimas y la categoría de las ofensas incluidas. Si el objetivo es desviar un caso de la vía penal (*diversion*), las ofensas de menor o de mediana gravedad están incluidas. Si el objetivo es la atenuación de la sentencia, la mediación se extiende a todas las ofensas que tengan una víctima. Sin embargo, no existen patrones a nivel nacional sobre la gestión y aplicación de la mediación, ni aparece ninguna obligación que adoptar. De todas maneras, en la práctica, la mayoría sigue, en general, los patrones que se pueden encontrar en otras jurisdicciones. Asimismo, mientras que, en principio, no se requiere una formación ocupacional especializada para los mediadores, no obstante, realizan una formación voluntaria para mejorar su intervención.

Para comprender mejor el funcionamiento y forma de organización de estos centros de mediación, LENZ / WEITEKAMP / KERNER²³ exponen cuatro experiencias que pueden considerarse los cuatro modelos de servicios de mediación que existen en Alemania: el Proyecto de Mediación entre víctima y ofensor *TOA* de Braunschweig fue uno de los primeros, la Agencia responsable era el Departamento de apoyo al tribunal de menores. Este proyecto se creó en 1985, siendo financiado por el Departamento de Justicia del Estado de Baja Sajonia. Un segundo modelo estaría representado por el Proyecto de

²² MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 67 ss.

²³ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., p. 125.

Colonia, que fue también fundado en 1985 como una sociedad registrada y empezó a funcionar en enero de 1986. La financiación inicial durante dos años fue a cargo de *E.&L. Oelbermann Foundation* y posteriormente fue asumida por el Departamento de Justicia del *North Rhine-Wesfalia* en cooperación con el Ayuntamiento de Colonia. Un tercer modelo sería el de *Reutlingen* que inició su labor en 1985 también como una sociedad registrada, siendo financiado por el Ministerio Federal de “Familia, ciudadanos seniors, mujeres y jóvenes” durante dos años. El último modelo de proyecto se aplica en dos ciudades Bávaras: Munich y Landshut. Ambas ofrecen la posibilidad de TOA para jóvenes y para adultos jóvenes. El Proyecto nace como una sociedad registrada (*Brücke e.V.*) y es gestionado por *Stadt-und Kreisjugendring (KJR)* y por la misma sociedad registrada. El Ministerio Bávaro de “Familia, ciudadanos seniors, mujeres y jóvenes” brindó el soporte financiero inicial desde 1987 a 1989. El personal del servicio de la ciudad de Landshut estaba formado por miembros del servicio de bienestar juvenil. El Proyecto de Munich contaba con miembros de la comunidad entre su personal.

Es también interesante hacer una referencia al grado de especialización de los profesionales que desarrollan los programas de TOA en la práctica. Así, según LENZ / WEITEKAMP / KERNER pueden diferenciarse los proyectos según la especialización de sus miembros. Los proyectos que gestionan TOA cuentan con trabajadores sociales que se dedican exclusivamente al campo de la mediación. En cambio, en los proyectos de TOA semi-especializados, los profesionales, además tienen otras funciones, aunque concentran su principal labor en la mediación. Los proyectos integrados se ocupan de la mediación y también cooperan con los juzgados, preparando los expedientes judiciales, como parte de su trabajo de apoyo al Tribunal juvenil²⁴.

Cuando se obtuvieron las primeras estadísticas de TOA en Alemania, el número de proyectos integrados con mediación y el apoyo a los juzgados en la preparación de los expedientes era la forma más generalizada de organización de los servicios de mediación (58,8 % servicios integrados, 15,7 % semi-especializados y 25,5 % especializados). Después de diez años, esta configuración cambió totalmente, con una clara tendencia

²⁴ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., p. 132.

hacia la especialización de los servicios (73 % especializados; 20 % semi-especializados y solo 6,7% integrados, según datos de 2010). Esta evolución se debe a la experiencia de estos años y a la verificación empírica de que una mayor especialización tiene un efecto directo en la calidad del trabajo realizado y en los resultados obtenidos, especialmente en los casos más complejos²⁵.

El trabajo efectuado por MIERS / WILLEMSSENS indica que, según investigaciones de los Departamentos de Criminología de cuatro Universidades y una encuesta nacional basada en la información proporcionada por los servicios que participaron en ella, se produjeron 9.000 mediaciones en 1997²⁶. Es difícil encontrar estadísticas más recientes ya que, según LENZ / WEITEKAMP / KERNER, solo una parte de los proyectos participan en la elaboración de datos conjuntos. Después de más de 20 años de práctica de la mediación en Alemania, las estadísticas operan con unos 30.300 casos en total, aunque estos casos no son representativos, en estrictos términos estadísticos, de todos los casos trabajados en Alemania durante estos años de aplicación práctica de la mediación. Puede considerarse que existe una destacada falta de fuentes oficiales que proporcionen datos reales sobre la mediación en toda la Federación que permitan conocer la extensión real de la mediación en Alemania.

LENZ / WEITEKAMP / KERNER afirman que el desarrollo de la mediación víctima-ofensor en Alemania es producto de una variedad de factores: desilusión con la capacidad del sistema de justicia criminal para asegurar la reducción de la delincuencia, el reconocimiento de la paradoja del papel central de la víctima en la justicia penal, en contraste con su virtual exclusión en la determinación de los resultados del sistema, la influencia del movimiento de restitución internacional en el pensamiento político y una preocupación por reorientar la justicia criminal hacia una resolución de conflictos más autónoma y consensual, que dependiente y coercitiva. Estos factores impulsaron cinco proyectos iniciados a mediados de los años ochenta, a los que ya me he referido, que

²⁵ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., pp. 130 ss.

²⁶ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., p. 70, la encuesta muestra que los servicios de mediación crecieron de forma sustancial en un tiempo relativamente breve ya que existían 226 en 1992 y 368 en 1995.

tenían el objeto de introducir la mediación entre víctima y ofensor, tanto para jóvenes como para adultos. Estos proyectos fueron ideados y gestionados por una combinación de académicos, trabajadores sociales y fiscales. La Ley de protección a la víctima de 1996, que amplió los derechos procesales de la víctima para participar en juicio, ofreció un apoyo legislativo indirecto a estas iniciativas.

Respecto a los proyectos juveniles, la Ley Juvenil de 1990 dispuso que los esfuerzos dirigidos a la conciliación deberían ser una razón para no perseguir. Se introdujeron también dos opciones formales de sentencia, una educativa y la otra disciplinaria, suponiendo la confirmación de la comisión del daño. Los proyectos en adultos se iniciaron posteriormente y su desarrollo fue más lento. En 1994 se modificó el *StGB* para introducir la mediación dirigida a la compensación (§ 46). Por ello como destacan LENZ / WEITEKAMP / KERNER, desde que empieza la mediación en Alemania, con la Ley de Justicia Juvenil, el 90 % de los proyectos de mediación trabajaban con jóvenes y adultos jóvenes de 18 a 21 años. Cuando la mediación se reguló para adultos en el *StGB*, los proyectos empezaron también a trabajar con ofensores adultos. Desde 1993 a 2002, los casos procedían de todas las edades, aunque la mayoría eran jóvenes y adultos jóvenes. Según estos autores, debido a los importantes cambios y a reducciones en la financiación de estos proyectos, es económicamente más conveniente, trabajar con ofensores de todas las edades²⁷.

Como relatan DÜNKEL / PAROSANU en Alemania solo están disponibles algunas fuentes de datos sobre la mediación entre víctimas y victimarios, principalmente las Estadísticas federales (*Bundesweite Täter-Opfer-Ausgleichsstatistik*) y los datos de la Oficina Federal de Estadística (*Statistisches Bundesamt*). Sin embargo, los datos ofrecidos por dicha Oficina Federal son incompletos ya que no cubren los procedimientos de *diversion* a mediación. A pesar de ello, dichos autores destacan que, a partir de 2009, el número de organizaciones participantes casi se duplicó de 23 servicios existentes en 2009 a 45 en

²⁷ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., pp. 135 ss.

2012. La mayoría de estos 45 establecimientos (82%) estaban especializados en mediación.²⁸.

MIERS / WILLEMSSENS²⁹ concluyen su estudio sobre la mediación en Alemania, apuntando una frase de WALTHER³⁰: “*Incluso después de una década de debate intenso, el sistema de justicia penal alemán se encuentra solo al inicio de las transformaciones necesarias*”. Aunque para terminar hay que destacar la positiva evolución de la mediación en Alemania, como afirman LENZ / WEITEKAMP / KERNER el grado de desarrollo en general y los resultados prácticos en particular hacen que pueda considerarse un éxito la implantación de la mediación en Alemania y que, a pesar de la existencia de algunos defectos y de las necesarias mejoras, el panorama general sea satisfactorio³¹.

3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN AUSTRIA: LA DIVERSION Y EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL

El paradigma austriaco se basa en la mediación directa entre víctima-ofensor. El objetivo es hallar una solución que una y concilie los intereses de ambas partes, valorando en particular la compensación por el daño material y los aspectos emocionales conectados al acto criminal y su contexto. La mediación multi-partes se da, pero con escasa frecuencia. La mayoría de los casos se refieren a grupos juveniles, con participación de los jóvenes y también de los padres y amigos en la mediación. De todas formas, no puede equipararse al *family group conferencing*. Tanto en jóvenes como en adultos, se tiene en cuenta a los abogados, que asumen su papel en la mediación, como asesores legales de las partes,

²⁸ DÜNKEL, F. / PAROSANU, A., en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation*, cit., p. 312. La mayoría de los expedientes fueron remitidos durante procedimientos preliminares (2010: 82%, 2011: 85%, 2012: 81%). En un porcentaje menor, los casos fueron remitidos después de la acusación (2010: 10%, 2011: 7%, 2012: 13%) durante el juicio (2010: 1.6%, 2011: 0.8%, 2012: 1.2%) y después del juicio (2010: 1.6%, 2011: 3.2%, 2012: 2.6%). En términos de resultados, una gran parte llegaron a acuerdos de mediación (2010: 91%, 2011: 84% y 2012: 83%). El tipo de acuerdos más usuales, incluidas las disculpas, fueron acuerdos referentes al comportamiento del victimario, compensación por daños materiales o inmateriales, servicio a favor de la víctima, restitución, etc. Los acuerdos se cumplieron total o parcialmente en gran medida (2010: 91.5%, 2011: 86.6%, 2012: 88.3%).

²⁹ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 70 ss.

³⁰ WALTHER, S., “Reparation in the German criminal Justice system: what is and what remains to be done”, en *International Review of Victimology*, 7, 2000, pp. 265-280.

³¹ LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice*, cit. p. 145.

aunque la participación en la sesión propiamente de mediación o encuentro entre las partes se restringe usualmente a la víctima y al ofensor.

En opinión de GOMBOTS / PELIKAN, Austria tiene una larga práctica a nivel nacional de Mediación entre Víctima y Victimario o *Victim Offender Mediation* según su denominación en inglés (*VOM*), llamada también, originariamente *Tatausgleich* (*Außergerichtlicher Tatausgleich, ATA*) hasta el año 2004. La *VOM* se rige por las disposiciones legales de la Ley de Justicia Juvenil (desde 1988) y la Ley de Procedimiento Penal (desde 2000). La *VOM* en Austria debe entenderse, de forma literal, que solo incluye la mediación entre víctimas y victimarios. Sin embargo, existe la posibilidad de que personas de apoyo (familiares o amigos) de las víctimas y de los victimarios participen también en el procedimiento. La práctica es exclusivamente previa al juicio y *diversionary*³².

PELIKAN explica que la aplicación de *VOM*, forma ya parte del procedimiento penal en Austria y tiene una amplia aplicación, tanto en jóvenes como en adultos y se extiende a todo el país³³. El proyecto de mediación austriaco se inicia en los años 80 del siglo XX como un programa de interés público centrado en la víctima del delito. En la discusión política, la protección a la víctima suele tratarse como una demanda para el estricto castigo de los ofensores. A pesar de eso, la focalización en los intereses de la víctima, en sus necesidades materiales y heridas emocionales, siguió la dirección de la moderna discusión sobre el papel de la víctima en el sistema de justicia criminal. Esta orientación contribuyó, sin duda, según MIERS / WILLEMSSENS al éxito del proyecto de mediación en Austria³⁴.

³² En opinión de GOMBOTS, R. / PELIKAN, C., "Austria", en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries, vol. 1*, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, p. 13, no hay otros tipos de intervenciones disponibles en el sector público. Sin embargo, se están desarrollando proyectos piloto sobre conferencias familiares.

³³ PELIKAN, C., "Out of Court but close to Justice, empirical research on restorative justice in Austria", en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, p. 38.

³⁴ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 80 ss.

Después de introducir la posibilidad de llevar a cabo la ATA (Mediación Víctima-Ofensor, según el acrónimo de la denominación original austríaca) en la Justicia juvenil en 1988, la mediación entre víctima y ofensor se convirtió en un tema destacado para legislar en 1991 y una preocupación personal para el nuevo Ministro de Justicia, el Dr. RICHARD MICHALEK. En realidad, la traducción literal de ATA sería “*Out of Court Offence Compensation*”, por ello MESTITZ / GHETTI consideran que el objetivo de la mediación en Austria es amplio ya que puede incluir la reparación, también en casos en que no hay una víctima personal³⁵. Se inició como proyecto piloto y gradualmente se fue extendiendo a través del país. El 25 de febrero de 1999, la Asamblea Nacional presentó una enmienda de Ley al Código procesal penal, que entró en vigor en enero del año 2000, regulando varios métodos de “*diversión*” y, lo más importante, ofreció una base legal a la mediación en materia penal. Como ponen de manifiesto SOLER NOGUERA / IGLESIAS ORTUÑO posteriormente el Código de Procedimiento Penal de 1975 fue reformado el 5 de marzo de 2015 (*St. F: Gaceta de Leyes Federales 631/1975*) introduciendo las diversas modificaciones³⁶. La mediación se basa en el § 90 de su Código penal *Strafprozessordnung (ÖStPO) (ÖStGB)*, que permite al Ministerio Fiscal no seguir con la acusación cuando el ofensor se responsabiliza del acto cometido muestra disposición para afrontar sus causas y realiza un esfuerzo para compensar a la víctima de cualquier forma que pueda ser apropiada y se acuerde con ella. El Fiscal tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir en qué casos no sigue adelante con la acusación pública. La parte ofendida debe también participar en el proceso de mediación y, en todo caso, mostrarse de acuerdo con la compensación que pueda proponer el ofensor en la mediación.

La mediación entre víctima y ofensor se aplica tanto a ofensas cometidas por jóvenes como por adultos. El contenido principal de la enmienda de ley es el “Paquete de *diversion*” que prevé toda una gama de medidas “diversionarias” (de desvío o derivación

³⁵ MESTITZ, A. / GHETTI, S., *Victim Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, Springer, Nueva York, 2005, p. 159.

³⁶ SOLER NOGUERA, I. / IGLESIAS ORTUÑO, I., “Evidencias respecto a la mediación penal en la norma europea”, RCDI, núm. 28, 2016, pp. 283-320.

fuera del cauce penal tradicional). Actualmente la posibilidad de llevar a cabo un proceso de *VOM* se integra en el sistema de procedimiento penal y se aplica en todo el país. Se trata de una práctica diversionaria con el Ministerio Fiscal actuando discrecionalmente sobre la posibilidad de derivación de casos a mediación.

Según PELIKAN, la distinción que todavía existe entre la práctica de la mediación en jóvenes ofensores (de 14 a 18 años) y adultos responde al ámbito de los ofensores a los que afecta. En el caso de jóvenes, en general, las penas a imponer son la mitad que las penas de adultos, y por ello los delitos que pueden ser derivados a mediación son todos aquellos que tienen asignada una pena en abstracto de hasta 10 años para los jóvenes y de hasta 5 para los adultos³⁷. En el caso de los jóvenes, se incluyen la gran mayoría de delitos. Tanto en jóvenes como en adultos, los casos que impliquen la muerte de la víctima quedan excluidos de la mediación.

A pesar de la amplia discrecionalidad del Fiscal, existen dos límites legales a la derivación de casos a la *VOM*: en primer lugar, el requisito de que no exista una culpabilidad grave, cuya valoración queda a la discrecionalidad del Fiscal o en ocasiones del Juez; y en segundo lugar tener en cuenta el requisito de la prevención general e individual, es decir, que el castigo no sea necesario para prevenir futuros delitos y no afecte negativamente a la prevención general. Los servicios de la *VOM* se ofrecen a través de una rama de la Asociación *Neustart*, la primera asociación para asistencia a la *probation* y trabajo social de Austria; es la Agencia encargada de organizar y conducir la mediación entre víctima y ofensor y actúa en cooperación con la oficina del Ministerio Fiscal, aunque sigue sus propias normas profesionales internas, respecto a la mediación. El reclutamiento, la formación y supervisión profesional de los mediadores corren exclusivamente a cargo de la Asociación³⁸.

³⁷ PELIKAN, C., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 39 ss.

³⁸ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., p. 17. Estos autores explican que la Asociación “*Neustart*” es un ente autónomo subvencionado por el Ministerio de Justicia. Se trata de una asociación privada, con sus propios comités de dirección y supervisión. Su sede está en Viena, cuenta con dos oficiales ejecutivos responsables de toda la organización. Dispone de 15 oficinas regionales. Cada una está dirigida por un director que es responsable de todos los aspectos relativos al contacto con el Fiscal y el juzgado, del personal, de la supervisión y de que los estándares de calidad se den en cada caso. Los mediadores deben tener una calificación profesional en trabajo social. Se reconoce también la carrera de derecho o de psicología si el solicitante tiene además experiencia práctica en trabajo social. La decisión

Como describen BACHINGER / PELIKAN, el Código de procedimiento penal regula los requisitos para que un expediente penal se derive a mediación y la norma relativa a la libertad condicional regula las tareas específicas del mediador ³⁹. Según estos mismos autores, los prerequisites legales básicos para desviar un caso durante el procedimiento preliminar son: primero, que la culpabilidad del sospechoso no sea grave, que el castigo máximo previsto para la ofensa sea de 5 años (como ejemplo las lesiones graves o robo), que exista una adecuada aclaración de los hechos y circunstancias y finalmente que no se haya producido una pérdida de la vida. Si estas circunstancias se dan, puede aplicarse alguna de las siguientes medidas: la mediación víctima-ofensor, un servicio a favor de la comunidad, una multa o un periodo de prueba, ya sea con o sin un oficial que vele por el cumplimiento correcto del periodo de prueba. Debe aplicarse una forma específica de *diversion* si con ello se protegen al máximo los intereses de la parte ofendida. Como afirma PELIKAN, las necesidades emocionales y materiales de las víctimas quedan mejor atendidas con la mediación víctima-ofensor, por ello la mediación debe ser la primera opción en los casos en que exista una víctima individual (es decir, que no sea una persona jurídica, corporación o institución)⁴⁰.

Las medidas comentadas en el párrafo anterior, tanto para jóvenes como para adultos, son diversionarias por naturaleza y su aplicación es discrecional. La medida concreta se determina en todo caso por el Fiscal. En el supuesto de que no correspondan las condiciones de exclusión el Fiscal puede determinar la condición de exclusión con el acuerdo del ofensor de aceptar la responsabilidad y corregir su conducta. Con este propósito, el Fiscal está autorizado a requerir a las agencias de trabajo social, que contacten y hagan los preparativos con el ofensor. La víctima puede también participar si

final sobre el reclutamiento de cada profesional colaborador la toma el director de la oficina regional de *Neustart*. A todos los mediadores que empiezan se les requiere la realización de una formación inicial y continuada. El programa de formación en mediación tiene dos partes: una primera para los que se inician para adquirir una cualificación básica y una segunda parte para convertirse en mediadores cualificados en materias penales. Ambas partes incluyen formación a nivel teórico y práctico. Toda la formación en conjunto tiene una duración de tres a cuatro años. En la práctica, el trabajo de mediador se basa totalmente en la mediación y en sus características fundamentales. Solo un pequeño número de ellos trabajan también como oficiales de la *probation*.

³⁹ BACHINGER, L.M. / PELIKAN, C., “Victims’ experiences in victim-offender mediation in Austria: the “real” story”, en VANFRAECHEM, I. / BOLIVAR, D. / AERTSEN, I. (Eds.), *Victims and Restorative Justice*, Routledge, Londres, 2015, pp. 83 ss.

⁴⁰ PELIKAN, C., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 40 ss.

lo desea. El Fiscal puede requerir a un mediador para informar a la víctima y al ofensor sobre el programa de mediación y de cuáles son sus derechos, según el § 90 i y 90 j y asistirles en sus esfuerzos para alcanzar un acuerdo de reparación. El mediador ha de informar también a las partes de su derecho a traer a la mediación una “persona de apoyo”, a utilizar los medios disponibles para salvaguardar sus intereses, así como de los posibles resultados de su diálogo con el sospechoso y de la condición fundamental de voluntariedad que convierte en imprescindible su consentimiento⁴¹. Las responsabilidades del mediador quedan estipuladas en el §29^a de la *Probación Act*.

En el caso de ofensores adultos, las víctimas han de estar de acuerdo con la solución. Si no lo estuvieran, el caso se devuelve al Fiscal, quien debe decidir si continuar con el procedimiento penal o tratar de aplicar otra medida de *diversion*. Para tomar esta decisión el Fiscal tendrá en cuenta las razones de la víctima para no consentir y serán de menor peso si tienen escasa sustancia o justificación.

Como señalan MIERS / WILLEMSSENS, mientras la decisión inicial de *diversion* se toma por parte del Fiscal, existen también normas de discreción residual o subsidiaria a favor del Juez⁴², que según MESTITZ / GHETTI deriva un menor número de casos⁴³. Si el Fiscal no ha decidido ofrecer la posibilidad de la mediación, el Juez puede, por iniciativa propia o a solicitud de la víctima o del ofensor, plantear una solución fuera de los tribunales. En cualquier caso, el Fiscal debe tener la oportunidad de dirigirse al tribunal y en el caso de ofensores adultos, los intereses de la víctima han de ser expresamente tratados⁴⁴. Como hemos visto, la forma regular de mediación víctima-ofensor en Austria se vehicula a través del Fiscal como una forma de desviar el caso del procedimiento tradicional. En principio, por tanto, la aplicación o no de la mediación queda a su discreción.

Si el Fiscal es el responsable de determinar la opción de la mediación, la responsabilidad de su aplicación reside en ATA, unidad integrante de la Asociación “*Neustart*”. Esta

⁴¹ PELIKAN, C., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 40 ss.

⁴² MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 16 ss.

⁴³ MESTITZ, A. / GHETTI, S., *Victim Offender Mediation with Youth*, cit., p. 159.

⁴⁴ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 16 ss.

asociación recoge los datos relativos a los ofensores individuales. Desde que empezó en 1985 con un pequeño proyecto para jóvenes, hasta el año 2002. En ese período 75.722 casos de mediación fueron derivados por fiscales (más del 90 %) y en un número mucho menor, por jueces. Cerca de 130.000 personas, ya sean víctimas u ofensores, han experimentado una resolución fuera de los tribunales.

PELIKAN relata que, ya en el año 2001, casi 9.000 personas fueron derivadas a las Oficinas de ATA según información facilitada por estas oficinas y 8.800 personas en el año 2002⁴⁵, mientras que en 2007 se ofreció la mediación a 9.379 personas. En 2008 fueron derivados a mediación por jueces y fiscales 1.448 jóvenes y 6.650 adultos, según las estadísticas facilitadas por BRUCKMÜLLER / KOSS. Todos los casos empiezan con una fase de pre-mediación con entrevistas individuales con el ofensor y con la víctima, y solo si se cumplen todos los requisitos, se lleva a cabo una mediación con ambas partes⁴⁶. Cabe destacar, como señalan GOMBOTS / PELIKAN que en el grupo de adultos el número de casos disminuyó sustancialmente en el transcurso de cinco años, pasando de 7.382 casos en 2005 a 6.181 casos en 2010⁴⁷. Según GOMBOTS / PELIKAN los registros de los Servicios de Mediación de “*Neustart*”, aportan datos según los cuales, en más de dos tercios de todos los casos, la aplicación de la mediación se registró como exitosa y el cargo fue retirado por el Fiscal en el 78% de todos los casos⁴⁸.

El principal logro de la mediación víctima ofensor en Austria consiste en su amplia aplicación nacional. Se ha convertido en una parte bien aceptada de la variedad de respuestas al delito que pueden utilizar las distintas instituciones de Derecho penal, como la Fiscalía. La elevada calidad profesional en la práctica de la mediación víctima ofensor, el desarrollo de procedimientos específicos aplicables, según los diferentes tipos de casos

⁴⁵ PELIKAN, C., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 39 ss.

⁴⁶ BRUCKMÜLLER, K. / KOSS, C., “Diversion for Promoting compensation to victims and Communities during the Pre-trial proceedings in Austria”, en *European Best Practices of Restorative Justice in Criminal Procedure*, Ministry of Justice and Law enforcement, Republic of Hungary, with the financial support of the European Commission, 2010, p. 113.

⁴⁷ GOMBOTS, R. / PELIKAN, C., en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 28.

⁴⁸ GOMBOTS, R. / PELIKAN, C., en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 35.

y de relaciones entre la víctima y el ofensor (incluidos los supuestos de mediación en violencia doméstica⁴⁹) son otras de las ventajas del sistema de mediación en Austria.

4. EL SISTEMA BELGA DE MEDIACIÓN: ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y TIPOLOGÍAS

La mediación en Bélgica no se aplica de manera uniforme, al ser un Estado Federal, con tres comunidades distintas: la flamenca, la francesa y la germana. Esto explica parcialmente por qué la aplicación de la mediación varía según las diferentes partes del país. Incluso se dan nombres distintos a prácticas de mediación similares, por ejemplo, la “mediación local” de la comunidad francesa, se denomina “mediación en el ámbito de la fase policial” en la comunidad flamenca. Pero como concluyen VAN DOOSELAERE / VANFRAECHEM, lo más destacable, es que la mediación en Bélgica es una práctica aplicable a todos los niveles, tanto para ofensores adultos como para jóvenes⁵⁰. El Gobierno Federal financia algunos programas de mediación, pero la mayoría tienen el apoyo económico de las Comunidades o Regiones. En Bélgica se da una gran importancia a la instrucción del mediador, ya sea inicial o continua, por ello, tanto en la comunidad francesa como en la flamenca se organizan sesiones cortas de formación sobre mediación y *conferencing* de forma habitual⁵¹.

Como explica AERTSEN, la JR en Bélgica toma principalmente la forma de mediación víctima-victimario, tanto en la justicia juvenil como en el derecho penal de adultos. El modelo de conferencia también está presente, al igual que los círculos de paz, aunque a nivel más experimental. Este autor opina que la justicia restaurativa en Bélgica es

⁴⁹ PELIKAN, C., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 40.

⁵⁰ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., “*Empirical research on restorative justice in Belgium*”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 57 ss.

⁵¹ Aunque no sea objeto de este trabajo, más allá del ámbito penal, los mencionados autores destacan que, de forma gradual, la mediación se ha ido expandiendo a diversas áreas de la vida social en Bélgica. Especialmente remarcable es la introducción, en febrero de 2005, de la mediación en el Código de procedimiento Civil, como una tercera vía de resolución de conflictos en el ámbito civil, junto al arbitraje y al procedimiento judicial. Por otra parte, la mediación y el *conferencing* se aplican también en las escuelas, para prevenir y gestionar los conflictos en este ámbito.

relativamente conocida, y muchos respaldan sus valores y principios, aunque esto no se traduce necesariamente en que en la práctica alcance una amplia aplicación⁵².

La mediación entre víctimas y jóvenes ofensores, ordenada por los juzgados, quedaba regulada indirectamente por la Ley de Justicia Juvenil de 8 de abril de 1965. Esta Ley confería al tribunal la potestad de imponer un “servicio filantrópico o educacional” como condición para emplazar a un joven ofensor bajo la supervisión de los servicios sociales. En 2006 se reforma esta Ley y, según DE VOS, se mantiene que las respuestas a la delincuencia han de ser educativas, preventivas, rápidas y eficaces, diversificando las medidas disponibles por parte del Ministerio Público con el objeto de promover que los jóvenes sean responsables de sus actos⁵³. Tras la reforma de la Ley de Justicia Juvenil de 15 de mayo de 2006, se introduce directamente la JR y la mediación, que puede ser propuesta a las partes por el Ministerio Fiscal y por el Juez, quien además de la mediación puede ofrecer también el *conferencing*. Las partes pueden libremente decidir si participan o no en este proceso de comunicación⁵⁴.

Para los menores de edad, actualmente se aplica el sistema regulado por la ley del 24 de junio de 2013. Dentro de este marco legal, las respuestas específicas son las siguientes: (1) se pueden imponer sanciones administrativas municipales y medidas alternativas a partir de la edad de 14 años; (2) la multa administrativa se limita a 175 euros; (3) los progenitores o tutores legales del menor deben ser informados y se puede adoptar una regulación especial para la participación de los padres antes de la mediación, es posible aplicar un servicio comunitario o multa administrativa; (4) en todos los casos, el oficial encargado de sancionar ha de realizar una oferta de mediación; (5) los padres o tutores pueden, previa solicitud, acompañar al menor durante la mediación; (6) un letrado ha de ser designado a través del colegio de abogados y puede también estar presente durante el

⁵² AERTSEN, I., “Belgium”, en DÜNKEL, F./GRZYWA-HOLTEN, J./HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, p. 45.

⁵³ DE VOS, B., “Entrevista a BERNARD DE VOS, delegado general de la Comunidad francesa para los derechos del niño, Bélgica”, *Revista del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil*, (OIJJ), 28 de febrero de 2012 (en línea: <http://www.oijj.org/es/interviews/sr-bernard-de-vos-delegado-general-de-la-comunidad-francesa-para-los-derechos-del-nino-be>), pp. 1 ss.

⁵⁴ Según el art. 37 de esta Ley, los jueces han de dar preferencia a las “ofertas” restaurativas, mientras que la posibilidad de mediación ha de ser considerada por el Ministerio Fiscal, antes de que el caso sea enviado al Juez (art. 45).

procedimiento de mediación; (7) el servicio comunitario tiene una duración máxima de 15 horas; (8) la apelación contra la decisión del oficial sancionador puede ejercerse ante el tribunal de menores⁵⁵.

Para los jóvenes infractores, la mediación está disponible en todos los partidos judiciales y también el *conferencing* tras su implementación por la Ley de Justicia Juvenil⁵⁶. La práctica efectiva de mediación y de *conferencing* se lleva a cabo por parte de distintas ONG dedicadas a la asistencia a los jóvenes. Varias ONG de la comunidad francesa han organizado servicios exclusivamente para llevar a cabo la mediación. El servicio de mediación es gratuito, tanto para víctimas como para ofensores en todo el país. Existe también un Fondo de Compensación en cada provincia flamenca. Este fondo está a disposición de los jóvenes que no tienen capacidad económica para compensar a las víctimas por el daño producido. El ofensor puede realizar voluntariamente un trabajo por un número limitado de horas por las cuales es retribuido por el Fondo. Los ingresos por el trabajo van destinados directamente a la víctima.

En la comunidad flamenca existen servicios de “*Restorative and Constructive Settlements*” (RCS) en cada partido judicial. A partir de la reforma de La Ley de Justicia Juvenil de 2006, estos servicios, además de la mediación y de *conferencing*, aplican también proyectos educacionales y de capacitación parental. Con la reforma de 2006 el gobierno flamenco ya dispuso de las bases legales necesarias para implementar estos servicios, de manera uniforme en toda la comunidad flamenca, ya que la Ley contempla específicamente la posibilidad de que los fiscales y los jueces deriven los procesos a estos servicios. Según la propia norma, los jueces han de dar preferencia a las ofertas de reparación (art 37.1) y la posibilidad de la mediación debe tenerse en cuenta por el Fiscal antes de que el caso sea remitido al Juez (art. 45 quater.1)⁵⁷. A pesar de esta decisiva implicación de jueces y fiscales en la derivación de casos, los informes de cada caso, que realizan los servicios para dichas autoridades judiciales, han de respetar estrictamente el

⁵⁵ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., pp. 58 s.

⁵⁶ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 58 ss.

⁵⁷ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 61.

principio de confidencialidad. La Ley de Justicia Juvenil, establece las condiciones para que la mediación y el *conferencing* puedan ofrecerse a las partes: la víctima tiene que estar claramente identificada y las partes han de participar de forma totalmente voluntaria durante todo el proceso.

Según datos de diciembre de 2003, existían entonces 11 servicios de mediación en Flandes que trabajaban con jóvenes, ninguno de ellos era de adscripción gubernamental. Estos servicios reciben derivaciones de los fiscales y de los jueces de la jurisdicción juvenil, pero principalmente de los fiscales. Todos los servicios trabajan bajo el mandato de una autoridad judicial, aunque también son posibles las derivaciones de otras personas, en cuyo caso el servicio de mediación pide un mandato a la autoridad judicial. La mayoría de los servicios atienden a jóvenes entre 12 y 18 años, aunque están abiertos a trabajar también con adultos jóvenes.

Los criterios de derivación varían entre los proyectos, pero todos requieren que el joven acepte la responsabilidad por la ofensa cometida. También debe existir una víctima con un daño identificable y la investigación policial debe haber terminado. La mayoría de los ofensores son varones y han cometido una ofensa contra la propiedad. También se pueden tratar las ofensas graves. Si un caso es derivado por el Fiscal, generalmente se cierra la persecución penal en el supuesto que la mediación finalice con éxito. Si un Juez de justicia juvenil deriva el caso, tiene en cuenta el resultado de la mediación. DE VOS resume el circuito explicando que cuando un menor de edad comete un hecho delictivo es detenido por la policía, que simultáneamente encomienda a la fiscalía la iniciativa procesal junto al Juez de menores o el establecimiento de una medida alternativa. Se pueden imponer medidas educativas, de mediación, restaurativas o una medida en régimen de internamiento ya sea abierto o cerrado⁵⁸.

En la comunidad francesa, seis organizaciones en los trece partidos judiciales trabajan con jóvenes ofensores a nivel del Fiscal o del Juez, se trata también de organizaciones no gubernamentales. La mediación supone, generalmente, solo una parte de las actividades

⁵⁸ DE VOS, B., Revista del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, (OIJJ), 28 de febrero de 2012, cit., pp 1 y ss.

de estas organizaciones, aunque las transformaciones posteriores han incrementado el volumen de la actividad mediadora. Algunas de estas organizaciones están todavía orientadas claramente hacia la rehabilitación del ofensor, aunque otras se esfuerzan por desarrollar una filosofía restauradora que trabaje, de forma equilibrada, en interés de ambas partes. Dos de estas organizaciones han construido un servicio exclusivamente de mediación para diferenciar las actividades de servicio comunitario, estrictamente orientadas al ofensor, del trabajo de mediación. Esta separación significa un esfuerzo por adoptar un modelo de mediación orientado hacia la JR, equilibrando la atención tanto hacia la víctima como hacia el ofensor.

En el programa de flandes sobre *conferencing*⁵⁹, los casos son derivados por el Juez de jóvenes. El criterio para ponerlo en práctica es que el joven no niegue lo que pasó. Las víctimas son invitadas a participar en la conferencia, pero incluso si las víctimas no lo desean, la conferencia puede tener lugar sin su presencia. El resultado típico de la conferencia “la declaración de intenciones” ha de ser enviada al Juez. Si el Juez de jóvenes aprueba el acuerdo dictará sentencia, después de la cual el acuerdo puede ponerse en práctica. Si el Juez no aprueba el contenido del acuerdo, puede enviarlo de vuelta a “la conferencia” o cambiar algún punto del acuerdo. Después de seis meses, el Juez de justicia juvenil evalúa si el acuerdo ha sido plenamente cumplido. Si es así, el expediente generalmente se cierra. Si por el contrario el acuerdo no ha sido plenamente cumplido, el Juez puede enviarlos de vuelta a la “conferencia” o bien imponer otra medida.

El proceso de mediación es parecido al de todos los proyectos que organizan mediación con jóvenes: el mediador contacta con las partes, analiza la posibilidad de un acuerdo como una compensación u otro compromiso y después trata de convocar un encuentro directo entre ellos. Es común la resistencia a un encuentro, los mediadores han de ser cuidadosos en no forzarlo. El mediador también es el responsable de comunicar el resultado al Fiscal, quien tiene la decisión final de concluir la vía penal, que es la decisión habitual en los supuestos de mediación exitosa. El contenido de los acuerdos, fruto de la mediación, varía muchísimo. Pueden contener compromisos de reparación económica,

⁵⁹ NACIONES UNIDAS, *Handbook of Restorative*, cit., pp. 20 ss.

reparación simbólica (como por ejemplo unas disculpas), formas directas de reparación (como realizar un trabajo para la víctima), intercambio de información, etc⁶⁰.

Como se ha señalado, los jóvenes infractores pueden acceder a un Fondo de Compensación y solicitar ayudas para cumplir las exigencias de una reparación económica. Este fondo nació de la idea de que si la víctima pide una compensación económica y el joven ofensor no puede pagarla, no han de ser los padres del joven los que deban soportar la carga. Los jóvenes ofensores pueden percibir una cantidad del Fondo, para compensar a sus víctimas a cambio de algunas horas de trabajo voluntario. Este sistema ayuda a los jóvenes a asumir su responsabilidad. Un valor añadido de este Fondo de compensación es que permite a la comunidad involucrarse en el proceso. La comunidad está presente en la gestión, en la organización del Fondo, en la oferta y la gestión del trabajo voluntario en instituciones de carácter social, humanitario o cultural.

Siguiendo a AERTSEN respecto a la mediación aplicada a infractores juveniles, en Flandes se aportan los datos siguientes: en el año 2010 se derivaron a mediación 3.770 casos, en 2011: 3.998 casos y en 2012: 3.244. El número de casos de jóvenes victimarios atendidos por los servicios de mediación locales varía aproximadamente entre 100 a 600 casos por año, en función de la población de la localidad. La mayoría de estos infractores jóvenes en mediación son varones (casi el 90%) y gran parte de ellos (aproximadamente el 75%) tienen entre 14 y 17 años. Alrededor del 30% de los infractores son de origen étnico no belga. Sobre un 75% de las víctimas involucradas en la mediación son personas físicas, de las cuales dos tercios son hombres; Aproximadamente el 25% de las víctimas son personas jurídicas (instituciones públicas, tiendas o empresas). Los principales tipos de delitos incluidos en la mediación son la agresión física (alrededor del 25%), los daños o vandalismo contra propiedades (un 25%), el robo en general (del 30 al 35%) y robo en tiendas en particular (el 4%). Prácticamente un 90% de todos los casos de mediación son remitidos por la oficina del Fiscal y el 10% por el Juez de menores. De todos los casos derivados, en un 50% el proceso de mediación no se inicia hasta después de un primer contacto con una o ambas partes; en el 40% de los casos, el proceso de mediación se lleva

⁶⁰ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 64 ss.

a cabo en su totalidad, de éstos la mayoría (80%) llegan a un acuerdo con la víctima. Este acuerdo casi siempre es cumplido por el menor (90-95%). La mediación directa (cara a cara) solo se realiza en una minoría de los casos (entre el 20 y 30%, con fluctuaciones considerables a lo largo de los años); La mayoría de los casos se tratan mediante comunicación indirecta (shuttle mediación o mediación de lanzadera).

En la Comunidad francesa, unos 1.500 casos por año se remiten a los servicios de mediación, de los cuales aproximadamente un 80% son seleccionados por la oficina del Fiscal y el 20% por el Juez de menores (cifras de 2011). Esto significa que, el número total anual de casos de mediación con infractores juveniles se sitúa aproximadamente en unos 5.500 (datos del año 2011)⁶¹.

Respecto al contexto del Derecho penal de adultos, según DOOSELAERE / VANFRAECHEM⁶² conviven varios proyectos que, como hemos visto, pueden tener distintas denominaciones y formatos según la comunidad en que se desarrollen. En concreto, pueden indentificarse hasta cinco tipos diferentes de mediación que se aplican a los ofensores adultos y que paso a describir a continuación.

La mediación penal de adultos está regulada en el Código de Procedimiento Criminal (art. 216 ter.) y está disponible desde la oficina del Ministerio Fiscal en cada partido judicial de toda Bélgica. La mediación penal se introdujo en el Código del Procedimiento Criminal belga en la Ley de 10 de febrero de 1.994 sobre la Regulación del Procedimiento para la mediación penal y en el Real Decreto de 24 de octubre de 1994⁶³. En los delitos que puedan ser castigados con penas de hasta dos años de cárcel la ley posibilita que el Fiscal tenga la opción de proponer, entre otras vías, la mediación, evitando el inicio del procedimiento penal. En la práctica, el Fiscal puede proponer cuatro medidas al sospechoso que pueden combinarse entre sí. En primer lugar, reembolsar o reparar los daños provocados a la víctima, en este tipo de medida es donde propiamente se aplica la mediación entre la víctima y el ofensor para acordar y determinar el tipo y el alcance de

⁶¹ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., pp. 69 s.

⁶² VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 57 ss.

⁶³ *Belgian Official Journal*, 27 abril 1994.

la reparación. En segundo lugar, seguir un tratamiento médico o terapéutico, con una duración máxima de seis meses. En tercer lugar, realizar un programa de formación que no puede obligarse a que supere las 120 horas. Y finalmente llevar a cabo un trabajo en beneficio de la comunidad, igualmente con un máximo de 120 horas de dedicación. La mediación se lleva a cabo por funcionarios públicos a los que se denomina “auxiliares de justicia”, respondiendo a un esquema de “*diversión*” o “desvío” respecto al sistema penal tradicional. La mediación penal está a disposición del Fiscal, como una condición de la extinción de la acción pública. Como hemos visto, el Fiscal puede ofrecer la reparación a favor de la víctima, la derivación a formación o a tratamiento médico o psicológico o bien un trabajo en beneficio de la comunidad. La mediación penal puede ofrecerse en los casos en que el Fiscal no pida más de dos años de cárcel⁶⁴.

Según las instrucciones oficiales, los casos con una víctima identificable tienen prioridad. El ofensor debe aceptar formalmente su responsabilidad por la ofensa. Ambas partes tienen el derecho a asesoramiento legal durante el proceso, pero a sus abogados no se les permite formalmente intervenir por ellos. La extinción de la acción pública o *diversion* es posible para todo tipo de ofensas, excepto en aquellas en que el Fiscal considera que la ofensa merece una pena privativa de libertad superior a dos años. La mediación no es posible cuando el ofensor ha sido ya citado o ha permanecido ya en la cárcel, ni cuando la víctima tiene el estatus de parte civil del caso⁶⁵. Los criterios para la selección de casos para mediación penal vienen determinados por la oficina del Fiscal. La mediación es realizada por asistentes de justicia, ellos conducen los encuentros preliminares con las partes, dirigen la mediación y registran formalmente los acuerdos entre las partes. El acuerdo debe ser aprobado por el Fiscal y su cumplimiento es seguido por parte del asistente⁶⁶.

⁶⁴ Según VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 57 ss., aunque el Fiscal pueda proponer las cuatro medidas comentadas (reparación, tratamiento médico o terapia, formación o TBC) en la práctica, la mediación se aplica solo con la finalidad de conseguir un acuerdo entre la víctima y el ofensor para reparar el daño.

⁶⁵ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 58 ss.

⁶⁶ Como señalan VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 57 ss., en el supuesto de no cumplimiento, el Fiscal puede convocar al ofensor a presentarse en el juzgado. Como se explica en la investigación de RAES citada por VAN DOOSELAERE / VANFRAECHEM, según indican los *Justice Assistants*, el Ministerio Fiscal

Según AERTSEN en 2011 se solicitó la mediación en un total de 6.732 casos, en su mayoría, eran delitos contra la propiedad (30% en 2011) o delitos violentos (47% igualmente en 2011), unos porcentajes que se mantienen en el periodo estudiado⁶⁷. De los 6.133 expedientes iniciados, 2.755 (2,704 o 44%) terminaron con éxito, mientras que 434 (o 7%) finalizaron sin acuerdo. Una mediación exitosa casi siempre supone la interrupción del proceso penal (92.8% en 2011). En cuanto al perfil de los participantes, decir que la mayoría de los ofensores (82%) son hombres, mientras que casi tanto hombres (44,6% en 2011) como mujeres (41,1% en 2011) aparecen como víctimas (el porcentaje restante se refiere a personas jurídicas). La mayor parte de las mediaciones penales se llevan a cabo casos en los que hay una sola víctima involucrada (67,7% en 2011). En 2011, alrededor del 15% de los casos no tenían víctimas identificadas, el 11% tenían dos víctimas y el 3% tenían tres. Estas cifras se refieren a todo el conjunto de intervenciones bajo el título legal 'mediación penal' a nivel del Fiscal. Esto significa que solo una parte de estas cifras se deriva realmente a la mediación entre víctima y ofensor en el sentido adecuado del término. De todos los casos seleccionados por el Fiscal para 'mediación penal' (unos 6.000 por año), alrededor del 35-40% se derivan realmente a mediación (directa o indirecta) con la víctima. Los otros casos, aunque se les etiquete genéricamente como de 'mediación penal', se aplican otras medidas como la terapia para el infractor (10-15% de los casos), servicio comunitario (hasta 20%) o capacitación (20-25%). Estas medidas también se pueden combinar entre ellas. Según la estimación realizada por AERTSEN, la mediación con la víctima en el contexto de la 'mediación penal' no supera los 4.000 casos por año, en todo el país⁶⁸.

La mediación pre- y post-sentencia y mediación para reparar, por su parte, se aplica en la comunidad de habla francesa y queda regulada por la Ley de 22 de junio de 2005 y por el Real Decreto de 26 de enero de 2006. La mediación para reparar en el caso de pequeñas ofensas actúa como una medida alternativa, que se aplica mayoritariamente en la comunidad flamenca. Tanto esta mediación para reparar como la mediación pre y post

confirma, prácticamente todos los acuerdos y el cumplimiento de estos acuerdos es muy elevado (90 % de los casos).

⁶⁷ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 71.

⁶⁸ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., pp. 71 ss.

sentencia de la comunidad de habla francesa, se ofrecen por dos ONG⁶⁹. Una de ellas en la comunidad flamenca, empezó su actividad bajo el nombre de *Suggnomè* y en 2015 inició una transformación notable, renovándose y pasando a denominarse *Moderator* y la otra *Mediante* en la comunidad francesa que como se indica en su página web, está acreditada por el Departamento de Justicia Federal en el marco de la Ley 22 de junio de 2005. Ambas organizaciones tienen servicios locales en cada partido judicial de su respectivo ámbito territorial.

Tanto la mediación pre-y post-sentencia como la mediación para reparar quedan reguladas por la Ley de 22 de junio de 2005 y el Real Decreto de 26 de enero de 2006. Están disponibles en todas las etapas del procedimiento penal y para todo tipo de delitos. La decisión de participar la toman las personas que tienen un interés directo en el procedimiento penal y no las autoridades judiciales, cuya labor se limita a informar a las partes potenciales acerca de la viabilidad del proceso⁷⁰. Se trata de la mediación dirigida a las ofensas más graves en las que el Fiscal ya ha tomado la decisión de perseguir. El victimario debe reconocer los hechos y ha de existir una víctima que claramente padeció a causa del delito. El proceso de mediación se basa en la comunicación entre las partes. La mediación para reparar está disponible tanto en Flandes como en la parte valona de Bélgica, donde se la denomina “mediación posterior a la persecución fiscal”. Los criterios para la selección de casos derivados a mediación para reparar quedan determinados en los protocolos acordados con las entidades colaboradoras. El proceso de mediación puede ser indirecto⁷¹, la práctica se centra, sobre todo, en la importancia del proceso de comunicación y en la obtención de un acuerdo de reparación. Una copia del resultado se adjunta al expediente judicial del ofensor.

⁶⁹ La Asociación *Suggnomè* de la parte flamenca de Bélgica cambió su nombre y actualmente tiene la denominación de “*Moderator*” y actúa en la Comunidad Flamenca: <http://moderator.be/>. *Mediante* es la Asociación de objetivos similares que desarrolla su actividad en la Comunidad Francesa www.mediante.be

⁷⁰ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 61.

⁷¹ Cuando el encuentro físico entre las partes no es posible, puede llevarse a cabo una mediación sin encuentro o mediación indirecta que queda documentada en distintos textos. Por ejemplo, se contempla en el “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas” (en línea: www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf), p. 18.

Los orígenes de la mediación para reparar se sitúan en el año 1993 como una iniciativa privada de la Universidad de Lovaina (Flandes), administrada por una asociación no gubernamental y financiada por el Ministerio de Justicia. Ya entonces se dirigía a las ofensas más graves, en las cuales el Fiscal ya había tomado la decisión de perseguir la ofensa. La mediación para reparar se diseñó como un servicio gratuito para las víctimas y para los ofensores con la intervención de un tercero neutral que sigue la estructura estándar de la mediación. Como señalan MIERS / WILLEMSSENS, la propuesta de mediación y la comunicación entre ambas partes, por si misma, es más apreciada que el hecho de alcanzar o no el acuerdo⁷². Las entrevistas posteriores con las víctimas y con los ofensores muestran un elevado grado de satisfacción. Las víctimas consideran que el proceso es imparcial y justo, y ambas partes lo valoran como una forma constructiva de tratar las consecuencias del delito. AERTSEN / PETERS señalan textualmente: “*Los puntos especialmente positivos para la víctima son una disminución del temor al delito, una mayor posibilidad de que el delincuente satisfaga la compensación y una más elevada satisfacción con el sistema de justicia penal y con el proceso penal*”⁷³.

A finales de 1997 el Ministro de Justicia belga decidió expandir la oferta de mediación para reparar a todo el país. En 1998, se creó en Flandes la organización “*VZW Suggnomé Forum loor Herstelrecht en Bemiddeling*”. Esta organización no solo se convirtió en el empleador de los mediadores existentes, sino que también recibió el nuevo encargo de implementar la práctica de la mediación para reparar en toda Flandes. Como hemos visto *Suggnomè* se refundó en 2015, renovándose bajo el nombre de “*Moderator*”, reforzando sus actividades en mediación. En la parte francófona, el Ministro de Justicia dio el mismo encargo a “*asbl GACEP*”, que más tarde creó el “*asbl Mediante Forum pour une justice restaurative et pour la mediation*”, implantándose la mediación para reparar progresivamente en todos los distritos judiciales de Bélgica.

Respecto a las cifras de la Mediación para reparar, en Flandes se derivaron en el año 2012, 2.065 casos, de los cuales en 1.882 se inició de forma efectiva la mediación y el 40%

⁷² MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 27 ss.

⁷³ AERTSEN, I. / PETERS, T., “*Mediation for reparation: the victims’s perspectives*”, en FATTAH, E. / PETERS, T., *Support for Crime Victims in a Comparative perspective*, Leuven University Press, Leuven, p. 242.

finalizaron con acuerdos entre víctima e infractor. En un 25 % se realizó una mediación directa y en el resto indirecta. En general en este tipo de mediación predomina por tanto la que se lleva a cabo sin encuentro. En la comunidad francesa los datos de 2011 indican que se derivaron 1.121 expedientes de los cuales, en 779 de ellos se inició un proceso mediador. En este mismo año de 2011 el 45,7 % de los supuestos se derivaron durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad y el 9% durante la fase de detención preventiva. Estos datos indican que en la Comunidad francesa se derivan más casos a mediación en la fase posterior a la sentencia que en la parte flamenca del país⁷⁴.

Como concluye AERTSEN, la principal diferencia entre la mediación penal y la mediación para la reparación radica en su ámbito de aplicación: mientras que la primera se concibe como un tipo de medida de *diversion* para delitos menos graves a nivel de la resolución del caso por parte del Fiscal, la segunda puede aplicarse a delitos de todos los grados de gravedad en las fases consecutivas del proceso de justicia penal, incluida la administración de la sentencia. Finalmente, también regulado por ley y aplicable tanto a menores como a adultos, pero no implementada de manera uniforme en todo el país, está la práctica de la mediación bajo el sistema de "sanciones administrativas municipales"⁷⁵.

La mediación local o a nivel policial y mediación en infracciones administrativas locales es una alternativa para pequeñas ofensas que se aplica en la comunidad flamenca. La mediación local se regula en Bruselas a través de una circular de la Oficina del Ministerio Fiscal de 1998. En otras partes del país se han establecido acuerdos de cooperación local. El foco primario de mediación a nivel policial son los delitos leves contra la propiedad y violencia contra las personas. A menudo hacen referencia a casos en los que las partes se conocen (familia, vecinos). Esta práctica es la llamada mediación local (*local mediation*) en la región de Bruselas, con ocho programas.

En la comunidad de Flandes existen tres programas y recibe el nombre de mediación en daños (*schadebemiddeling*). Estos programas tienen en común que las derivaciones llegan

⁷⁴ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 73.

⁷⁵ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters* cit., p. 46.

directamente de la policía. El propósito de este tipo de mediación es alcanzar un acuerdo económico o material, pero según las particularidades del programa local, se presta también atención al aspecto de comunicación entre las partes. Los mediadores son básicamente asistentes sociales, pero en ningún caso son policías. Una mediación con éxito a nivel policial, en la mayoría de las ocasiones (aunque no siempre) conlleva una extinción de la acción del Fiscal (*dismissal*). Un oficial administrativo de la policía es el encargado de seleccionar los casos para mediación. El criterio típico es que el victimario acepta su culpabilidad y está dispuesto a restituir. El mediador informa del resultado de la mediación al Fiscal.

Como señala AERTSEN, dentro del marco legal de las sanciones administrativas municipales (GAS), la mediación se puede aplicar como respuesta a diferentes formas de comportamiento antisocial tanto para menores como para adultos (en el caso de menores se ofrece siempre). Suele ser un funcionario municipal quien organiza la mediación de manera práctica, además de otras medidas que puede aplicar. No existe un sistema uniforme de mediación disponible, ya que todos los municipios son libres de adoptar su propio modelo, de acuerdo con sus regulaciones locales y teniendo en cuenta el marco legal. Una observación importante es que este tipo de mediación también se aplica en casos de delitos sin víctimas, o cuando no hay una víctima personal, por ejemplo, en caso de vandalismo o daños a la infraestructura pública o robar en tiendas. En tales casos de mediación, el papel de la víctima a menudo lo desempeña un representante del servicio público o de la empresa privada afectada. También la 'mediación' puede llevarse a cabo entre el infractor y el funcionario sancionador. El resultado puede ser la restitución económica, pedir disculpas o realizar servicios para la víctima o la institución afectada. En algunos casos, para implementar este tipo de mediación, el gobierno de la provincia ofrece apoyo de personal para los municipios más pequeños⁷⁶.

El gobierno federal subvenciona el empleo de mediadores locales en algunas ciudades (27 mediadores en 2010) y, según sostiene AERTSEN, facilita información sobre la aplicación de la mediación a nivel municipal (dentro del mencionado sistema GAS). En

⁷⁶ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 62.

2009 estos mediadores trataron 3.799 casos, en el 42% de ellos, las partes acordaron iniciar la mediación, después de lo cual el 74% llegaron a un acuerdo. El acuerdo suele contener disculpas y reparación personal hacia la víctima, pero también todo tipo de trabajo no remunerado y tareas para los servicios públicos. En solo el 20% de los casos, el ofensor involucrado en este tipo de mediación es un menor⁷⁷.

La **Mediación durante la detención o privación de libertad** se ofrece también la posibilidad de la mediación en la fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad, especialmente respecto a la libertad condicional. Este tipo de experiencias están documentadas en la comunidad francesa por el mediador BUONATESTA (2004). Este tipo de mediación también se centra en establecer un proceso de comunicación entre la víctima y el ofensor. Las partes son cuidadosamente protegidas y preparadas antes de empezar el proceso de mediación, que a menudo es indirecto. La iniciativa para empezar la mediación puede provenir tanto del ofensor como de la víctima.

La mediación es organizada por las dos mencionadas instituciones no gubernamentales (*Suggnomè / Moderator y Mediante*) que son también responsables de la mediación para reparar (*mediation for redress*). Con los limitados medios que tienen a su disposición, realizan su labor de la mejor forma posible. Ambas organizaciones presentaron un enfoque distinto: en Flandes se tomó la decisión de aplicar el proyecto inicial en tres cárceles concretas, mientras que, en la parte francófona se consideran las solicitudes procedentes de todas las cárceles. Además, en junio del año 2000, el Gobierno Federal decidió crear la figura del “Asesor de Justicia Restaurativa” que se implantó en todas las cárceles belgas hasta el año 2008 con la finalidad de evolucionar hacia un sistema de privación de libertad restaurativamente orientado. La misión del asesor de JR, más que un trabajo individual con las víctimas y los ofensores era la de reorientar la cultura de la cárcel hacia la filosofía de la JR. Como agentes de cambio, construían proyectos para que los ofensores desarrollasen habilidades útiles, teniendo en cuenta el punto de vista de las víctimas. El proceso se centra sobre todo en trabajar la comunicación y en algunas

⁷⁷ AERTSEN, I., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 69.

ocasiones puede durar más de un año. Generalmente, se involucran en el proceso figuras de apoyo y servicios de bienestar (apoyo a la víctima, *probation*, etc). Muchas de las partes en este tipo de mediación se conocían entre ellas de una forma u otra ya antes de que el conflicto tuviese lugar. Los acuerdos de cómo convivir después de salir de la cárcel constituyen un elemento muy importante para la discusión y los aproxima a la reparación. El trabajo realizado en la mediación y los posibles acuerdos obtenidos pueden tener un impacto importante sobre la decisión de autorizar o no la libertad condicional⁷⁸.

En Flandes funciona un programa según el cual los adultos privados de libertad pueden solicitar un Fondo similar al disponible para los delincuentes jóvenes. Este Fondo fue establecido en 1999 y tiene la función de ofrecer a los internos la posibilidad de hacer un gesto simbólico hacia sus víctimas. El Fondo paga una parte de lo que se debe a la víctima (la mitad o lo que todavía se debe de la responsabilidad civil, con un máximo de 1.250 euros). A cambio, el interno ha de realizar un trabajo para una organización con fines humanitarios. Según las circunstancias, este trabajo se realiza dentro o fuera de la cárcel. Si un interno hace una solicitud al Fondo, una persona neutral contactará con la víctima para verificar como recibe la víctima la iniciativa del recluso. En este sentido, el Fondo es un punto de inicio para permitir la comunicación entre el interno y su víctima.

A mediados de 2008 se llevaron a cabo cambios en las prisiones y los “*restorative justice advisers*” fueron suprimidos. En su lugar, en cada prisión belga existe un responsable de implementar la JR. La principal diferencia radica en que estas personas son miembros del personal de prisiones y además de ser responsables de implementar programas restaurativos, desarrollan otras tareas de gestión, logísticas, etc., lo cual según MARIEN puede suponer que estas tareas adicionales limiten su tiempo de dedicación a programas restaurativos⁷⁹. VAN DOOSELAERE / VANFRAECHEM apuntan que las causas de la abolición de esta figura en 2008, tras más de ocho años de trabajo no son claras. La decisión fue tomada por el Ministerio de Justicia central, de forma inesperada. La función del nuevo

⁷⁸ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 62.

⁷⁹ MARIEN, K., “*Restorative Justice in Belgian Prisons*”, en *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal procedure, Conference publication, based on the conference named “European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, Bélgica, 2010 (en línea: <https://mereps.foresee.hu/en/segedoldalak/news/270/5a63f29028/214/>), pp. 225 ss.

asesor de JR se transformó en una función más genérica, de apoyo a la dirección de la prisión en las tareas de gestión, perdiendo su sentido y su valor más restaurativo inicial⁸⁰.

Tanto si el servicio de mediación es gestionado por instituciones no públicas (mediación para reparar, mediación durante la privación de libertad y mediación juvenil) como si lo es por instituciones públicas (mediación a nivel de la policía y mediación penal), el servicio en sí mismo está generalmente ubicado en sede no judicial. A diferencia de los otros, la mediación para reparar y la mediación durante la detención son servicios administrativamente autónomos, pero están localmente integrados en estructuras más amplias. La mediación, en todo caso, se realiza por profesionales mediadores, generalmente con formación en trabajo social, o en menor medida, en Criminología, Psicología o Derecho. En Flandes se ha desarrollado un procedimiento bastante uniforme de aplicación de la mediación basado en un “*Draaiboek bemiddeling*” (manual de mediación penal) que usan los *justice assistants*, realizan las mediaciones, aunque en la práctica puedan existir algunas variaciones y diferencias, como apunta RAES en su investigación. Una circular departamental de 1999 especifica los estándares de buena práctica para la mediación penal y determina que debe orientarse hacia la reparación y aplicarse, preferiblemente, en casos con una víctima identificable. En Bruselas también la Oficina del Ministerio Fiscal elaboró un manual *Brussels Vademecum*, que es seguido por la mayoría de *justice assistants*, en su actuación mediadora. La mediación para reparar en cada partido judicial se basa en protocolos acordados con las agencias cooperantes. Pero la formación en mediación no es uniforme ni está estructurada.

En 1998 se crearon las dos organizaciones no gubernamentales que vimos anteriormente: una en Flandes “*Suggnomè vzw, Forum voor Herstelrecht en Bemiddeling*” (actualmente “*Moderator*”) y otra en la parte valona “*asbl Médiate –Forum pour une Justice restaurative et pour la médiation*”. Ambas actúan como organizaciones para el apoyo y el desarrollo de la mediación víctima ofensor y de la JR en general y están desarrollando una labor muy destacada, tanto en el campo de la práctica como en la investigación sobre la JR y sus diversas formas de implementación. Su trabajo ha tenido repercusión en la

⁸⁰ VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., pp. 57 ss.

práctica de distintos países en Europa y, especialmente, en el desarrollo de la mediación de ámbito penal en España, debido a las buenas relaciones de colaboración establecidas entre mediadores y expertos de los dos países.

Puede concluirse que los múltiples Servicios de Mediación belgas indicados, además de las mencionadas diferencias, pueden presentar distintos grados de cooperación con la policía y con el Ministerio Fiscal y son financiados por diversas administraciones públicas. Dos de estos cinco tipos: mediación penal y mediación en el ámbito policial, son *diversionarios* por naturaleza, es decir, permiten derivar el caso fuera de la vía judicial. En cambio, la mediación para reparar no implica el desvío de la vía penal, lo que significa que siempre sigue sentencia.

MIERS / WILLEMSSENS comparan los diversos modelos encontrando variaciones en sus respectivas orientaciones. Así, por ejemplo, *la mediación en jóvenes* comprende tanto elementos restaurativos como rehabilitadores, es parte de las medidas de servicio social para jóvenes victimarios y sanciones alternativas, teniendo un enfoque ampliamente pedagógico. *La mediación penal* comprende una mezcla de elementos punitivos, rehabilitadores y restaurativos, está institucionalmente impregnada en el sistema de Derecho penal y en ella predomina el enfoque hacia el ofensor. La mediación para reparar y la mediación durante la privación de libertad, son modelos de JR que usan la mediación con el objetivo de establecer un balance entre los intereses de la víctima y los del ofensor. La mediación a nivel policial está menos orientada al proceso de mediación que al resultado de las negociaciones. Solo la mediación para reparar y la mediación durante la ejecución de la pena privativa de libertad, se basan plenamente en el concepto clásico de mediación⁸¹.

Los esquemas de finalización del procedimiento *diversion* pueden desarrollarse a través de medidas orientadas únicamente hacia el ofensor, como también es el caso de la mediación penal, en el que la reparación combinada con un servicio a la comunidad es una salida usual. El encuentro final de mediación con el ofensor, según este esquema, frecuentemente comprende un mini juicio (*mini trial*) en ausencia de la víctima, lo que

⁸¹ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 27 ss.

enfatisa el aspecto normativo del hecho delictivo. La mediación en el ámbito policial, como hemos visto, a menudo se dirige, sobre todo, a conseguir una compensación económica para la víctima.

5. LA MEDIACIÓN EN NORUEGA: ORÍGENES, IMPLEMENTACIÓN Y DESARROLLO

Según HYDLE / KEMÉNY, los servicios de mediación y de reconciliación nacen a raíz del debate surgido en los años 70 y 80 sobre la política criminal en Noruega⁸². Estas autoras señalan, en concreto, la influencia de las ideas de CHRISTIE⁸³ en Noruega y en toda Europa, proclamando que debían restaurarse los derechos de las víctimas y de los ofensores y recuperar la oportunidad de tomar decisiones sobre sus propios conflictos. Los argumentos de CHRISTIE y las nuevas tendencias en política criminal promovieron la creación de los servicios de mediación y de reconciliación, llamados posteriormente “Servicio de Mediación Nacional” (NMS)⁸⁴.

La Ley de Servicio de Mediación Municipal de 15 de marzo de 1991, el Reglamento de 1992, una Circular departamental de 1993 y una circular de la Dirección General de Fiscalía de 1993 integran en principio el marco jurídico que ampara la mediación víctima-ofensor en Noruega. Las secciones 71 a y 72 de la Ley de procedimiento penal de 1998 conceden a la autoridad fiscal la discrecionalidad de derivar los casos apropiados a mediación y finalizar así la actuación posterior contra el ofensor. El 17 de junio de 2003 el Parlamento noruego emitió una declaración de proposición según la cual la mediación no debería ser una responsabilidad municipal, sino que instaba a convertirlo en un servicio gubernamental completamente integrado en el sistema de justicia. Las enmiendas a la Ley del Servicio de Mediación entraron en vigor el 1 de enero de 2004 y durante ese mismo año, estos servicios (NMS) se reorganizaron en instituciones gubernamentales⁸⁵.

⁸² HYDLE, I. / KEMÉNY, S., “From local trial projects to state owned services. Empirical research on restorative justice in Norway”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities, Eleven International Publishing*, La Haya, 2010, pp. 206 ss.

⁸³ CHRISTIE, N., *The British Journal of Criminology*, vol. núm.17 (1), 1977, pp. 1-15.

⁸⁴ Algunos autores, como MARTÍN entienden que, dentro de los países nórdicos, Noruega es el país en el que han tenido lugar más iniciativas de JR y donde se ha apostado con más fuerza por este nuevo paradigma. MARTÍN I., “Mediación comparada, breve acercamiento a la experiencia nórdica” (en línea: <http://www.todomediacion.com/assets/docs/papers/ignacio05.pdf>)

⁸⁵ HYDLE, I. / KEMÉNY, S., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 208.

Según la Ley de 15 de marzo de 1991, la Ley de mediación se aplica a “*las disputas que resultan de que una o más personas causen perjuicios, daños u otras pérdidas contra una tercera parte*”. Esta Ley, respecto a la mediación y a la conciliación ofrecida por el Servicio de Mediación Nacional, regulaba tanto las disputas penales, a través de la mediación entre víctima y ofensor *Victim Offender Mediation (VOM)*, como las disputas civiles, a través de las Conferencias de Familia *Family group conferencing (FGC)* o de grupos de mediación. En la Ley se ofrecía estos dos tipos de servicios a todos los habitantes de Noruega y efectivamente desde 1994, tanto la mediación entre víctima y ofensor como la mediación en casos civiles, son servicios disponibles para todos los ciudadanos noruegos.

Si nos centramos en los conflictos de orden penal, la mediación es posible tanto para jóvenes como para adultos y tiene finalidad diversionaria (que cierra la vía penal): “la mediación será una alternativa al procedimiento penal tradicional” (regulación del servicio de mediación municipal de 1992, sección 1.1). Su objetivo primordial es prevenir la reincidencia, en especial respecto a los “jóvenes e influenciables ofensores”, incluyendo los reincidentes. Mientras la edad de responsabilidad criminal se sitúa en 15 años, los perjuicios y daños cometidos por jóvenes menores de esta edad deben también derivarse a mediación como indica la Ley, pero considerándolos como casos civiles. La mediación entre víctima y ofensor queda regulada en el Código de procedimiento penal y en la Circular de 1993 del Director General del Ministerio Fiscal⁸⁶.

De acuerdo con lo establecido en la sección 1 de la Ley de 1991, se excluyen las ofensas sin víctima identificable, por ello las ofensas contra el interés público, en las que generalmente no existe una víctima concreta es poco probable que figuren en mediación. La derivación la realiza discrecionalmente la autoridad fiscal (Ley de procedimiento criminal de 1998, sección 71 a), siguiendo la conclusión de la investigación policial. La autoridad fiscal deriva casos de ofensas menores a mediación como una alternativa a la

⁸⁶ HYDLE, I. / KEMÉNY, S., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice*, cit., pp. 206 ss. Siguiendo a HYDLE / KEMÉNY, esta circular contempla también la posibilidad de aplicar la VOM como una condición especial para suspender la sentencia, esta posibilidad quedó luego explícitamente regulada en el CP en el año 2003.

vía penal y, sobre todo, a las sanciones del sistema penal convencional. Según el consentimiento de las partes, la mediación puede ser ofrecida como un suplemento al castigo o también como condición de una sentencia suspendida o como parte de una sentencia de sanción comunitaria. La autoridad verifica que el ofensor sea culpable y que el caso sea apropiado para mediación. Las directrices de 1993 disponen que los “casos típicos” son agresiones menores “principalmente cuando el acto surge de un conflicto precedente”, (robo, vandalismo y hurto de uso de vehículo a motor). Ambas partes han de aceptar la mediación y deben estar de acuerdo sobre las circunstancias de los hechos, el ofensor debe hacer una declaración a tal efecto. La normativa indica que el consentimiento ha de ser confirmado ante la autoridad fiscal o la policía, pero en la práctica, en algunas zonas, es el mismo servicio de mediación al que se ha derivado el caso, el que recoge el consentimiento de las partes. Una mediación terminada con éxito y seguida del cumplimiento del acuerdo significa que no se toma ninguna otra acción posterior⁸⁷.

Según la información ofrecida por HYDLE / KEMÉNY⁸⁸, los mediadores de los servicios trabajan en la *VOM* y en materias civiles y también actúan con adultos y menores. No existen servicios que intervengan de forma exclusiva solo con menores o con adultos. Estos servicios de mediación son entidades públicas autónomas, aunque puede considerarse que el *NMS* es una institución del Gobierno relativamente centralizada. Se organizan con uno o más coordinadores y varios mediadores voluntarios. Estos centros son supervisados por la Oficina General del *NMS* y por el Ministerio de Justicia. Como relata LUNDGAARD, además del *NMS*, las prácticas restaurativas también pueden llevarse a cabo por alguna otra organización⁸⁹.

⁸⁷ La Ley de procedimiento criminal de 1998, sección 72, permite “*no continuar en cualquier momento antes del juicio*”. Si esto falla, la autoridad es libre de proceder como si el caso no hubiese sido derivado.

⁸⁸ Según HYDLE, I. / KEMÉNY, S., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 208, en 2010 existían 22 oficinas regionales de *NMS* en Noruega, con un coordinador y 659 mediadores locales en total.

⁸⁹ LUNDGAARD, JM., “Norway”, en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, p. 620. Un ejemplo de ello es el proyecto “*Street Mediation*” llevado a cabo por la Cruz Roja, donde los jóvenes median en conflictos entre otros jóvenes, ya sean grupos o individuos. Las mediaciones callejeras son realizadas generalmente por personal de la Cruz Roja y por voluntarios jóvenes que son entrenados para la gestión de conflictos por los propios mediadores de la Cruz Roja. También el “*Servicio Minhaj Mediaton*”, organizado por *Minhajul Quran International*, aborda conflictos desde las prácticas

Las autoridades fiscales y la policía derivan los casos de ámbito penal. Además, desde 2003, también los servicios de *probation* derivan casos en los cuales la mediación entre víctima y ofensor ha de ser parte de la sentencia. Cuando la *VOM* supone una condición especial, necesaria para suspender la sentencia, el caso es derivado por el juzgado. Los voluntarios o los mediadores del servicio reúnen a las partes. Debe tenerse en cuenta que en Noruega la mediación directa es la norma; la mediación indirecta, en la que las partes no llegan a encontrarse, apenas existe. Las personas interesadas en ser mediadores deben solicitarlo a estos servicios, y son cuidadosamente escogidos. Todos los mediadores deben realizar una formación que responde a determinados criterios. Estos mediadores pueden calificarse como “semi-voluntarios”, ya que los gastos que les genera esta labor de mediación están cubiertos, y además cobran un pago simbólico por su trabajo. La mayoría de estos mediadores voluntarios son personas jubiladas o jóvenes que pueden dedicar una parte de su tiempo a la comunidad. Cada servicio recibe financiación en función del número de habitantes de la población y según el nivel de actividad.

La regulación del Ministerio de Justicia de 1992 establecía una serie de estándares de buenas prácticas para la aplicación de la mediación. También en 1996, los coordinadores de estos servicios desarrollaron un manual de buenas prácticas en forma de Código Ético. En cumplimiento de la Ley de 1991, todos los municipios tienen acceso por lo menos a un mediador. Como se ha comentado, estos servicios están también disponibles para los conflictos civiles⁹⁰. Los servicios son financiados por el Ministerio de Justicia que es el responsable de la implementación práctica de la Ley⁹¹. Los servicios de mediación están

restaurativas. No constituyen un sistema a nivel nacional, como el *NMS*, pero se encuentran en algunas grandes ciudades de Noruega.

⁹⁰ En materia civil, las partes pueden acudir directamente al servicio o ser derivadas por un tercero, por ejemplo, por una escuela u otro organismo público. Las discusiones entre vecinos suponen el 8% del total de los casos mediados.

⁹¹ Como referencia el presupuesto anual del año 2003 fue de 34 millones de Coronas noruegas (Tasa de cambio a junio de 2020: 1 Nok = 0,094 €). Hasta enero de 2004, los municipios eran administrativamente responsables de la dirección de los servicios. Algunos ayuntamientos proveían el espacio de la oficina y el sistema informático, pero la mayoría alquilaban sus propias instalaciones. Los servicios, por consiguiente, tenían que responder tanto ante el gobierno local como ante el central. El problema de este sistema era que no quedaba muy clara la responsabilidad sobre estos centros y el Ministro de Justicia quiso tener una mayor influencia en la administración y desarrollo de las actividades. Por tanto, se cambió el esquema a partir del 1 de enero de 2004, dando paso, como hemos visto, a un servicio gubernamental separado de la administración local.

divididos geográficamente según los distritos policiales. Una secretaría central, ubicada en Oslo es la responsable de su dirección y desarrollo. Los mediadores continúan siendo de cada municipio, asegurando así la conexión local. Una unidad de mediación típica comprende un coordinador, personal contratado y mediadores voluntarios que reciben una pequeña compensación y los gastos por cada caso. La mediación que se lleva a cabo es gratuita para las partes. Hay unos 700 mediadores, que se anotan por un período de cuatro años. Se trata de voluntarios a los que no se les exige una formación profesional específica. Necesitan solo ser mayores de 18 años y tener el derecho de voto en el municipio. Los que han sido condenados a penas de cárcel quedan excluidos⁹². El Servicio de Mediación Nacional ha publicado un Código ético para todo el sector. El Ministerio de Justicia organiza conferencias anuales y publica una revista para mediadores con la finalidad de informar, generar e intercambiar buenas prácticas. Generalmente el proceso de derivación se inicia en el procedimiento policial, seguido de la viabilidad otorgada por la autoridad fiscal. Si es viable la mediación, el caso es derivado al servicio, en dos semanas desde la formalización de la investigación policial. El proceso de mediación, incluyendo la aprobación y el seguimiento de los acuerdos resultantes se realiza enteramente por parte de los integrantes del Centro. El objetivo de la intervención mediadora es conseguir un compromiso y que se haga efectivo. El acuerdo debe recoger las vivencias y los sentimientos de las partes, respecto al hecho, una disculpa por parte del ofensor, o una promesa de compensar el daño causado. Puede incluir un pago o alguna prestación a favor de la víctima. El acuerdo, una vez escrito y firmado por todos, se hace llegar a la autoridad fiscal.

Según LUNDGAARD, si un caso se media y finaliza con acuerdos, no seguirá el procedimiento judicial. Sin embargo, si una de las partes no desea continuar la mediación, el caso será transferido de nuevo al sistema de enjuiciamiento regular. El objetivo, tanto para la víctima como para el ofensor es llegar a un acuerdo mutuo que será firmado

⁹² Según el director del servicio de mediación de la ciudad de Kristiansand en el proceso de selección de los futuros mediadores se tiene más en cuenta la actitud y aptitud personal de cada candidato, que su formación académica. Un equipo nacional de formadores provee una formación de cuatro días sobre mediación para preparar a estos mediadores voluntarios. (Notas extraídas de comentarios formulados en una reunión mantenida personalmente con el director, en visita de una delegación internacional de JR al Servicio de Mediación de Kristiansand, dentro del Programa Europeo de Justicia Restaurativa COST A-21 en 2003).

conjuntamente por las partes y también por el mediador. Si se completa la mediación y víctima y ofensor firman el documento de acuerdos y ninguno de ellos se retira dentro del plazo establecido para la reflexión (una semana después de la firma), el caso se cierra y ya no vuelve al sistema de justicia, siempre y cuando se cumplan los compromisos asumidos. El caso solo volverá al procedimiento judicial penal si hay un incumplimiento significativo. Si la mediación es exitosa, el caso no constará en los antecedentes penales del ofensor⁹³.

LUNDGAARD destaca especialmente dos aspectos del sistema de mediación noruego que difieren de otros sistemas del resto de Europa: el primero es que se lleva a cabo por parte de voluntarios, el otro, y quizás el más importante es el hecho de que la mediación no se considera un castigo sino una alternativa a las medidas de tipo penal. Esto afecta a quién transfiere casos a mediación y cómo se lleva a cabo la mediación, siendo también la razón por la cual no se solicita al tribunal la aprobación de los acuerdos alcanzados por las partes. Si un caso se transfiere a la mediación, en general, queda fuera del sistema de justicia penal como tal, con algunas excepciones⁹⁴.

Siguiendo los datos ofrecidos por MIERS / WILLEMSSENS en el año 2004, cada año se derivan aproximadamente entre 5.000 y 6.000 casos, de los cuales unos 3.000 son penales. De los “casos civiles”, el 65% fueron derivaciones policiales de jóvenes ofensores menores de 15 años. Del total, el 80% fueron derivados por la policía o por el Fiscal. Se alcanzan acuerdos en el 91% de los casos. La mayoría recogen una compensación económica (40%)⁹⁵. HYDLE / KEMÉNY indican que concretamente en el año 2007 se derivaron 9.120 casos a mediación. De estos casos un 49% (4.153) fueron de tipo penal, pero como hemos visto en el párrafo anterior, debe tenerse en cuenta que un elevado número de los casos considerados “civiles” corresponden a ofensores con menos de 15 años.

⁹³ LUNDGAARD, J.M., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 626.

⁹⁴ LUNDGAARD, J.M., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 625.

⁹⁵ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 102 ss.

Las ofensas y delitos más generalizados en los que se aplicó la mediación estuvieron relacionados con violencia (18%) destrucción de la propiedad (17%) hurto (15%) robo (11%) *bullying*, difamación y amenazas (12 %) y delitos financieros (6%). Es importante destacar que el 95% de los acuerdos alcanzados a través de la mediación, en estas estadísticas de 2007, fueron cumplidos. Los distintos tipos de acuerdos versan sobre: trabajo para la víctima (13%) compensación económica a favor de la víctima (37%) trabajo y compensación económica combinados (4%) reconciliación (35%) y otros acuerdos (11%). En un 69 % de los casos derivados tuvo lugar una mediación o bien una Conferencia de Familia, lo que significa que víctima y ofensor se encontraron cara a cara en todos estos casos⁹⁶.

Por su parte, LUNDGAARD opina que la estructura noruega de justicia con respecto a la JR está principalmente organizada a través del sistema de mediación, y no a través del sistema de justicia tradicional, ya que entiende que existe un vínculo muy claro entre el sistema penal y la mediación, al menos en las primeras etapas de un caso. Por ello, la ley tiene una visión muy amplia sobre los asuntos que pueden ser gestionados a través de la mediación (robo, vandalismo, asalto, agresiones en casos en que ha existido un conflicto previo entre las partes, etc.)⁹⁷.

HYDLE / KEMÉNY concluyen su estudio resaltando la destacable labor de innovación que se ha realizado y se está realizando en el campo de la mediación en Noruega. No obstante, a pesar de los buenos resultados obtenidos y del buen funcionamiento general de los servicios de mediación, constatan que todavía se detecta cierta resistencia hacia la JR, por ello consideran que deberían adoptarse medidas para mejorar su visibilidad en la sociedad en general y en el sistema de justicia penal en particular⁹⁸.

⁹⁶ HYDLE, I. / KEMÉNY, S., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, cit., p. 209.

⁹⁷ LUNDGAARD, J.M., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, cit., p. 625.

⁹⁸ HYDLE, I. / KEMÉNY, S., en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities*, cit., p. 215.

6. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN FRANCIA

Según FAGET, las primeras experiencias de mediación penal en Francia nacieron en el marco de las Asociaciones de Ayuda a las Víctimas a mediados de los años ochenta que se inspiraron en modelos norteamericanos (*Community Dispute Resolution Programs, Philadelphie 1969*)⁹⁹. Efectivamente, como relata BONAFÉ-SCHMITT, en Francia, a diferencia de otros países, las asociaciones de ayuda a las víctimas de ámbito judicial, bajo el impulso del Ministerio de Justicia y de sus respectivas organizaciones INAVEM (*Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation*) y el CLCJ (*Comité de Liaison des Associations de Contrôle Judiciaire*), asumieron los casos de mediación derivados desde los Juzgados¹⁰⁰. A finales de los años 80, los Juzgados franceses empezaron a utilizar la mediación, creando sus propios servicios de mediación en el seno de los distintos Palacios de Justicia. BONAFÉ-SCHMITT la denomina “*médiation déléguée*”, ya que los juzgados conservan el control de los procesos de mediación en función de su poder de archivar el caso o bien seguir adelante con la acusación en atención al resultado de la mediación. Con el tiempo, la situación ha evolucionado en el sentido de dar una mayor estructura a la mediación con la creación de servicios específicos en el seno de las instituciones locales. Deben destacarse igualmente las “*Maisons de Justice et du Droit*” (MJD) en las que jueces sustitutos o magistrados honorarios asumían las funciones de la mediación practicada en estructuras descentralizadas ubicadas en barrios con determinadas problemáticas¹⁰¹.

Diez años después de aparecer las primeras experiencias de mediación penal, la aprobación de la Ley nº 93-2 del 4 de enero de 1993 supuso su introducción en el Código de Procedimiento penal (*Code de Procedure Penale*), que institucionaliza la mediación penal en Francia. en esta Ley se reconoce al “*procureur de la République*”¹⁰² como figura

⁹⁹ FAGET, J., “La Médiation Pénale, une dialectique de l’ordre et du désordre”, *Deviance et Société*, vol. núm. 17 (3), 1993, p. 221.

¹⁰⁰ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, LGDJ, Paris, 2010, p. 32.

¹⁰¹ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France*, cit. pp. 34-35. En esta línea, proyectos concretos como el de Valence o Grenoble ilustran muy bien la lógica de la integración social y el objetivo de crear nuevas relaciones de convivencia en los barrios, contribuyendo desde la mediación, al restablecimiento de la “paz social” en los barrios con mayores dificultades.

¹⁰² El “*Procureur de la République*” que podemos equiparar al Fiscal en España, es un magistrado que tiene la función fundamental de defender el orden público y los intereses sociales (en línea:

central en materia de mediación¹⁰³. Destacan dos formas de mediación. La mediación delegada¹⁰⁴ a las asociaciones de ayuda a las víctimas¹⁰⁵ o de control judicial, que responde a las políticas de la acción pública de los juzgados y las mediaciones realizadas en el marco de las *MJD* que, según BONAFÉ-SCHMITT se inscriben dentro de la nueva política de Justicia de Proximidad, que tiene el doble objetivo de hacer la justicia más accesible a los justiciables y, a la vez, más eficaz al reafirmar su presencia en los barrios¹⁰⁶. Según CARIO, la aplicación de medidas de naturaleza restaurativa "real" tiene escasa importancia en la práctica de las actuaciones de los fiscales y de los tribunales penales. Considera que el significado de las medidas restaurativas podría entenderse mejor mediante una mayor consideración del papel de la víctima y, a través de ella, de la sociedad en su conjunto¹⁰⁷.

En opinión de BONAFÉ-SCHMITT la mediación en Francia es un hecho de Estado, con un cierto voluntarismo legislativo y que el papel central lo tiene el Ministerio de Justicia a través de su política de aprobación y financiación¹⁰⁸. Este autor concluye que, después de más de 25 años de mediación penal en Francia, no puede hablarse de un desarrollo rápido si comparamos el número de casos atendidos en mediación con el total de casos gestionados judicialmente. Entiende que la mediación funciona a la “*sombra de los tribunales*” y que, por la vía de derivación de casos, los Juzgados controlan, no solo los procedimientos contenciosos, sino también las decisiones en mediación, ya que pueden retirar el expediente al mediador. Concluye que la mediación es un fenómeno plural, reciente y que necesita un tiempo para su consolidación¹⁰⁹.

<https://www.gralon.net/articles/commerce-et-societe/juridique/article-le-procureur-de-la-republique---statut-et-attributions-3309.htm>

¹⁰³ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France*, cit., p. 37, entiende que es una entrada “*por la puerta pequeña*”, ya que refleja las dudas del Estado en su voluntad de institucionalizar la mediación en Francia.

¹⁰⁴ Respecto a la mediación delegada, después de un período experimental de más de 8 años, la integración de la mediación penal en las políticas de acción pública se oficializó a través de la Circular Ministerial de 8 de octubre de 1992, de la Ley de 4 de enero de 1993 y del Decreto de 10 de abril de 1996. Posteriormente se confirma por las leyes de 23 de junio de 1999, de 9 de marzo de 2004 y de 20 de diciembre de 2007.

¹⁰⁵ Asociación “France Victimes” (en línea: http://www.france-victimes.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=217&Itemid=276).

¹⁰⁶ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France*, cit., p. 73.

¹⁰⁷ CARIO, R., “France”, en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. núm. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, p. 286.

¹⁰⁸ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France*, cit., p. 195.

¹⁰⁹ BONAFÉ-SCHMITT, J.P., *La médiation pénale en France*, cit., pp. 195 s.

7. LITUANIA: MEDIACIÓN Y *PROBATION*

Para finalizar se ha escogido Lituania para reflejar una interesante experiencia de aplicación de la mediación enmarcada en el sistema de la *probation*¹¹⁰. Varias razones avalan esta elección: se trata de una actividad emergente, por el valor innovador que representa, debido a los interesantes resultados prácticos obtenidos, incluso en delitos violentos y porque aporta una muestra del desarrollo creciente de la JR en los países emergentes del Este de Europa. La información que se refleja se basa en la descripción e información sobre la experiencia de USCILA, subdirector del *Law Institute of Lithuania*¹¹¹.

BIKELIS / SAKALAUŠKA afirmaban en 2013 que, en Lituania, la noción de JR figuraba solo a nivel teórico, a pesar de ello, el término "justicia restaurativa" se podía encontrar entre las palabras clave utilizadas en diferentes medidas de programas gubernamentales¹¹². Por otro lado, el Código Penal de Lituania, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución de Penas proporcionaban algunas normas que reflejaban la idea de la JR en la medida en que se centraban en el deber del infractor de compensar los daños producidos a la víctima¹¹³.

Posiblemente partiendo de esta primera base teórica, en 2015 Lituania introdujo un modelo de mediación en su sistema de "*probation*". Durante los años 2015 y 2016 catorce mediadores especialmente formados empezaron su labor en cinco servicios de libertad condicional de Lituania. Se aplicó un sistema de formación progresivo (cursos teóricos en dos etapas, simulaciones, modelaje y supervisión). La formación se llevó a cabo por parte de mediadores expertos e investigadores universitarios. Los oficiales de la *probation* tuvieron la oportunidad de conducir mediaciones, ya fuese solos o comediando con un

¹¹⁰ *Probation*: institución ya comentada, similar a la libertad condicional, con ciertas diferencias.

¹¹¹ USCILA R., "Mediation in the Lithuania probation system", Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, vol. núm. 17, Leuven, 2017, p. 9.

¹¹² Por ejemplo, "El Plan de Medidas para la Implementación de la Justicia Juvenil. Programa para 2009-2013".

¹¹³ BIKELIS, S. / SAKALAUŠKAS, G., "Lithuania", en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. núm. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, p. 286.

mediador¹¹⁴. En doce meses, desde febrero de 2015 a febrero de 2016 se derivaron 1.771 casos a mediación y ésta se llevó a cabo en 871 casos (49%).

En Lituania, la mediación entre víctima y ofensor se ofrece en sus cinco regiones de forma gratuita para los usuarios en su respectiva demarcación de residencia. Este servicio fue utilizado por 1.791 personas en un año. En un 51% de los casos la mediación no pudo llevarse a cabo por distintos motivos. En general las víctimas rehusaron la mediación por miedo, por falta de confianza en un procedimiento nuevo y desconocido o porque sus abogados no aceptaron la derivación a mediación. Respecto a los ofensores, USCILA considera que el rechazo a la mediación se debió principalmente a la manipulación, a la falta de motivación por participar en una mediación, al reconocimiento de la culpabilidad o a la falta de habilidades para tomar una decisión independiente entre otras causas. Debe destacarse que, de los 871 casos en que la mediación fue utilizada, en 788 (90,4%) se llegó a acuerdos específicos¹¹⁵.

La práctica de la mediación dentro del sistema de la *probation* de Lituania muestra que el proceso mediador puede ser más exitoso cuando se combina con otras medidas de *probation*. Se verifica un impacto muy positivo cuando el ofensor inicia la mediación después de participar en programas de motivación, así como cuando ha completado un programa de cambio de comportamiento o un programa de rehabilitación de la drogadicción. Un aspecto a destacar de esta experiencia fue su aplicación en casos de delitos violentos. El análisis de la práctica en estos casos mostró que un tercio de los casos examinados presentan conflictos de intereses derivados de la violencia doméstica. No existe una opinión unánime acerca de la aplicación de la mediación en los casos de delitos violentos porque consideran que pudiera incrementar el riesgo de una victimización secundaria o incluso repetir la victimización. En estas situaciones se requiere una actuación especial con medidas de seguridad adicionales que incluyen el desarrollo de mediaciones indirectas o “*shuttle mediation*” en las que los encuentros se realizan con las partes por separado. Además, se requiere mediadores con una formación especializada

¹¹⁴ Aunque esa no era la práctica básica, ya que los mediadores no son los oficiales de la libertad condicional, sino que trabajan bajo contratos diferentes con los servicios de libertad condicional.

¹¹⁵ USCILA, R., Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, vol. núm. 17, Leuven, 2017, p. 9.

en el trabajo con casos violentos. En estos supuestos se evalúa de forma previa la situación y los posibles riesgos, para lo cual los mediadores utilizan cuestionarios específicos para víctimas y victimarios que les proporcionan información adicional y garantizan el consentimiento informado de las víctimas para participar en la mediación, así como el derecho a retirarse del proceso. En los casos de violencia doméstica se han obtenido mejores resultados cuando la violencia es psíquica o económica y cuando la víctima no padece problemas graves de salud. En estos casos la mediación no se orienta a la reconciliación entre las partes, sino a la adopción de una decisión adecuada y racional elaborada por ambas partes.

Para analizar esta experiencia es necesario conocer la valoración posterior de los participantes, que en un 75 % valoró la mediación realizada como útil o muy útil, mientras que un 24% evaluó el proceso como negativo. El 78 % de las víctimas y el 87 % de los ofensores manifiestan su satisfacción con el acuerdo alcanzado calificándolo de bueno o muy bueno. Otro indicador muy importante es la motivación para volver a utilizar la mediación en el futuro, en este sentido un 59 % de los ofensores y un 60% de las víctimas manifestaron que si lo necesitasen de nuevo volverían a utilizar el servicio de mediación, lo que apoya la necesidad y utilidad de estos servicios de mediación¹¹⁶.

8. RECAPITULACIÓN

El análisis del marco regulatorio que ampara la mediación y su práctica en otros países de nuestro entorno geográfico más cercano puede ser de utilidad para conocer distintas fórmulas y vías que ofrecen resultados ya contrastados. En base al buen funcionamiento de esta institución en otros países con más años de experiencia y con mayor recorrido teórico y práctico, podemos extraer elementos útiles para impulsar nuestra propia regulación en esta materia y su adecuada puesta en práctica.

¹¹⁶ USCILA R., Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, vol. núm. 17, Leuven, 2017., p. 9, como subdirector del Instituto de Derecho de Lituania, confirma que se han tomado las decisiones pertinentes para la continuidad del Programa de mediación en el sistema de la *probation* y que está previsto mejorar la legislación para permitir la aplicación de la mediación de forma más amplia.

Por ejemplo, de Alemania y en la jurisdicción de menores, cabe destacar la derivación por parte de Jueces y Fiscales también en delitos graves. Se puede llegar incluso a descartar el procedimiento penal si la mediación finaliza con acuerdo en casos de ofensas relativamente no graves. El uso de la mediación es frecuente para proponer que el caso quede fuera de la vía penal. Respecto a los adultos, hay que destacar que, en supuestos menos graves, el Fiscal puede interrumpir el avance de la investigación cuando el ofensor ha reparado voluntariamente a la víctima, a través de una mediación. De Austria subrayar la amplia aplicación de la mediación a nivel nacional y la elevada calidad profesional de sus mediadores, que realizan con asiduidad programas de formación continua. Sin olvidar la particularidad de la implicación fundamental del Fiscal en la decisión inicial de la *diversión*, con algunas normas discrecionales y subsidiarias a favor del Juez.

Respecto a Bélgica puede sorprender la aplicación no uniforme de la mediación, que es debida a su estructura de Estado Federal. En toda Bélgica la mediación es una práctica aplicable a todos los niveles, tanto en menores como en adultos y se considera que la JR es relativamente conocida, siendo la mediación la metodología más utilizada, aunque a nivel más experimental, también están presentes los círculos de paz y las conferencias. La financiación de la mayoría de los Programas de mediación procede de la propia comunidad o región y solo algunos de ellos se fianacian directamente por el Gobierno Federal. También aquí se concede una gran importancia a la formación de las personas mediadoras.

De Noruega debe reconocerse que fue uno de los primeros países europeos que se avanzó e instauró servicios de mediación a raíz de los debates sobre la política criminal surgidos en los años 70/80 del siglo XX. La mediación tiene también finalidad *diversionaria*, pudiendo cerrar la vía penal, con el principal objetivo de prevenir la reincidencia, especialmente en jóvenes. En general, si un caso se transfiere a mediación, queda fuera del sistema penal, con algunas exepciones. Como particularidad noruega anotar que la mediación, a nivel local, se lleva a cabo por parte de personas voluntarias no profesionales de la materia, tema bastante polémico y objeto de vivo debate a nivel de Europa.

De Francia recordar la creación y funcionamiento desde hace más de 15 años, de servicios específicos en el seno de las instituciones locales, ubicados en determinados barrios o suburbios urbanos, llamados “*Maisons de Justice et du Droit*”. En estos servicios, Jueces sustitutos o Magistrados honorarios asumen las funciones de mediación.

Finalmente quiero cerrar este breve resumen con Lituania al ofrecer una interesante experiencia mediadora vinculada al sistema de la *probation*, combinando el proceso de mediación con otras medidas propias de la *probation*, como por ejemplo la participación del ofensor en programas de motivación, de promoción de cambios conductuales o de rehabilitación de adicciones. Según la persona responsable de estos programas, la experiencia práctica demuestra que la combinación de estos elementos, potencia los resultados positivos de la mediación y por ello se pretende ampliar esta experiencia por su satisfactorio funcionamiento y por la obtención de buenos resultados.

CAPÍTULO VIII.

UNA MIRADA A LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: DEL DERECHO PENAL DE MENORES AL DE ADULTOS

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se presenta de forma necesariamente diferenciada la regulación y el planteamiento de aplicación de la mediación y de la JR en menores y en adultos. Como veremos el catálogo de acciones consideradas delictivas es el mismo que viene establecido por el CP, pero la forma de reaccionar ante la misma tipología delictiva es distinta en función de si el victimario es menor o adulto, según el límite de edad fijado por la propia norma. Algunos pueden considerar el parámetro de la edad como un tanto convencional, ya que realmente el diferente grado de madurez entre un joven de 17 años y otro de 18 años puede variar muy poco o incluso, en algunos casos, ofrecer el menor de 17 un nivel de madurez y capacidad de comprensión superior al que ha cumplido los 18 años, en función de su propia evolución vital.

La regulación de la mediación ha llegado de forma bastante tardía a España en comparación con otros países. Ante este vacío legal prologado durante años, especialmente en adultos, las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa y el resto de normativa europea, brindaron una importante cobertura y legitimación a las experiencias prácticas que surgieron en España a principios de los años 90. Estos incipientes programas de mediación, legalmente, basaban su actuación en el reconocimiento jurídico que el CP de 1995 otorgó a la reparación llevada a cabo por el victimario. Se entendió ya entonces que la mediación podía ser el instrumento adecuado para facilitar una reparación efectiva y acordada a favor de la víctima.

Respecto a la legislación juvenil, la LO 4/1992 posibilitó la aplicación de los primeros programas de mediación en los delitos cometidos por jóvenes a partir de 12 años. Como veremos más adelante, su desarrollo fue mucho más temprano y amplio en jóvenes que en adultos. Posiblemente cabe ver en ello la misma voluntad de velar por el interés superior del menor que ampara la diferente regulación de la respuesta penal ante un

mismo delito cometido por un menor o por un adulto. Se trata de evitar la criminalización y la estigmatización del menor ofreciendo respuestas más reponsabilizadoras y tuitivas que culpabilizadoras en función de su nivel madurativo. La mediación supuso desde el principio la facilitación de otro tipo de respuestas y la introducción de mayores oportunidades de cambio para los menores. Precisamente las fórmulas y circuitos de aplicación que habían funcionado bien en jóvenes fueron trasladados y adaptados, posteriormente, a los primeros programas de mediación en adultos. Aunque su desarrollo, tanto práctico como de cobertura legislativa, fue bastante más tardío.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

2.1. Precedentes legales

El CPE de 1822 fijaba en 7 años el límite por debajo del cual el menor estaba siempre exento de responsabilidad criminal. El Código de 1848 lo elevó a 9 años, estableciendo que, de 9 a 15 años, si había obrado con discernimiento, se aplicase una atenuante privilegiada y al mayor de 15 y menor de 18 una atenuante ordinaria, combinando por tanto el sistema de límites objetivos de edad con el criterio del discernimiento. Según CEREZO MIR, a finales del siglo XIX surgió un movimiento tendente a la creación de los Tribunales Tutelares de menores para apartar al menor del Derecho penal. En algunos países se creó un Derecho penal especial para los jóvenes, con penas de finalidad exclusivamente preventiva y medidas de seguridad. Esta tendencia se enmarca en un movimiento cultural más amplio entorno al mundo infantil y juvenil, acompañado de avances en Biología, Psicología, Sociología y Psiquiatría que llevaron a la conclusión de que el niño no es un pequeño adulto, sino que tiene rango social propio con una personalidad definida y diferente a tener en cuenta por la política social¹. Consecuencia de este movimiento científico, social y jurídico fue la creación de los Tribunales Tutelares de Menores, primero en Estados Unidos (Chicago 1899) y poco más tarde en Bélgica y en Francia.

¹ CEREZO MIR, J., *Derecho penal*, cit., pp. 91 ss.

En España la Ley de Bases de 3 de agosto de 1918 y el Decreto Ley de 28 de noviembre del mismo año posibilitó la creación de los Tribunales Tutelares de menores. Inicialmente, ni siquiera era necesario que los miembros de estos tribunales fueran licenciados en Derecho. Aplicaban un procedimiento muy simple, sin intervención de procurador ni abogado, en el que no había vista pública para impedir la estigmatización de los jóvenes. A partir de la Ley de Bases 42/1974 de 28 de noviembre, que creó las magistraturas tutelares de menores, los Tribunales Tutelares fueron sustituidos, de forma gradual, por Jueces unipersonales de menores, que según el artículo 298.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 debían ser miembros de la carrera judicial. La Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores, porque el procedimiento que establecía no respetaba las garantías constitucionales. Como consecuencia el gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de reforma urgente de dicha Ley, que se convirtió en la LO 4/1992 de 5 de junio, que afectaba al procedimiento y también al Derecho sustantivo. La disposición adicional primera de dicha Ley establecía, además, que a partir de ese momento la Ley de los Tribunales tutelares de menores se denominaría LO reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Según esta Ley los Juzgados de Menores pasaban a conocer exclusivamente de los hechos cometidos por jóvenes de 12 a 16 años que, como señala JIMÉNEZ DÍAZ, era la edad que en ese momento fijaba el CP de 1973 como mayoría de edad penal, con un criterio puramente biológico². Esta Ley, que estuvo vigente hasta el 13 de enero de 2001 (por la entrada en vigor de la LORPM) se aplicaba a los hechos tipificados como delito o falta en el CP, realizados por mayores de 12 años y menores de 16³. Por ello, los menores de ese límite mínimo (12 años en la LO 4/1992 y 14 en la LORPM) son inimputables y cuando cometen un hecho delictivo, únicamente son objeto de protección administrativa.

La LO 4/1992 tuvo una gran trascendencia, por cuestiones diversas, entre ellas la introducción, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, de la institución de la suspensión del fallo, figura inspirada en la *probation* anglosajona, según la cual el Juez,

² JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., RECPC, núm. 17, 2015., p. 3.

³ Como destaca CEREZO MIR, J., *Derecho penal*, cit., p. 94, con ella se estableció por primera vez en España un límite mínimo de edad para la intervención de los jueces de menores, deslindando el ámbito de la actuación jurisdiccional de la meramente tutelar, de carácter administrativo.

una vez probada la culpabilidad del acusado, podía suspender el proceso y someterle a prueba durante un período determinado de tiempo, si durante ese plazo, el reo no delinquía, el Juez no llegaba nunca a dictar sentencia, con lo que no le quedaba ningún antecedente penal. Durante el período de prueba se dispensaba al joven infractor un tratamiento en libertad. Durante este período tenía que observar las reglas de conducta y realizar las tareas impuestas por el Juez para evitar la recaída y favorecer su reinserción social. Además, durante ese tiempo, quedaba bajo la vigilancia y tutela de los delegados de prueba, que ejercían una importante función de apoyo en su proceso de reinserción.

El eje principal de esta Ley giraba en torno al “interés del menor” y al principio de intervención mínima. Por tanto, el procedimiento previsto en la Ley quedaba supeditado a su oportunidad, de manera que cabía darlo por concluido en diversas fases de su desarrollo, idea que luego perduró en la LO 5/2000⁴. La LO 4/92 no mencionaba la mediación, pero ya atribuye a la reparación a la víctima una gran importancia⁵. En este sentido debe remarcarse lo dispuesto en el artículo 16.3 y en el artículo 15.1.6 de la Ley. Este último artículo establecía: “*Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones, a las circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que **el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima**, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.*” Como vemos en este caso, la reparación o incluso el mero compromiso de reparar a la víctima, en determinadas circunstancias, podía suponer la finalización de las actuaciones judiciales contra el joven infractor. El art. 16.3 por su parte disponía: “*En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo el menor, debidamente asistido y los perjudicados, acepten una propuesta de **reparación extrajudicial**. Ello, no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada*”. En estos supuestos la propuesta de reparación podía suponer

⁴ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., p. 506.

⁵ CEREZO MIR, J., *Derecho penal*, cit., p. 96.

la suspensión del fallo, al modo de la *probation* anglosajona, lo que suponía que si en el plazo determinado de sometimiento a prueba (máximo dos años) no volvía a delinquir, no cumpliría pena alguna, ni le quedarían antecedentes al joven infractor. Esta Ley Orgánica, a pesar de ser poco explícita, ya que no mencionaba la mediación, sí recogía claramente la idea de reparación a la víctima, aunque sin especificar cómo debía llevarse a cabo esta reparación. Correspondía al servicio responsable del programa de delincuencia juvenil estructurar y desarrollar la metodología necesaria para ponerla en práctica.

En Cataluña, esta LO dio una más sólida cobertura legislativa al Programa de mediación juvenil que funcionaba ya en la práctica, con muy buenos resultados desde el año 1990, dentro de la estructura del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Como señala MARTÍN BARBERÁN, ya en 1989 el Departamento de Justicia del Gobierno catalán, creó una comisión integrada por profesionales del Servicio de Medio Abierto de la Dirección General de Justicia Juvenil (DGJJ) para diseñar la implementación de un programa de mediación víctima-ofensor en la jurisdicción penal de menores⁶. MARTÍN BARBERÁN / DAPENA MÉNDEZ / CANO explican que este cambio de perspectiva respecto al Derecho penal juvenil tuvo lugar en un momento de transición de la Justicia Juvenil en Cataluña, que estaba buscando nuevas formas de responder a la delincuencia juvenil que permitiesen superar el antiguo modelo protector basado en dos criterios fundamentales: en la consideración del menor como ser incapaz de responsabilizarse de sus actos y en una visión banalizadora del delito cometido por los menores, que se acompañaba de una actuación de cariz moralizador hacia los menores infractores y sus familias. Según estos autores, introducir la mediación entre infractores y víctimas suponía, en ese contexto institucional e ideológico, un cambio radical, tanto en el modelo de justicia como en la visión de los menores y en la concepción de las reacciones sociales, frente a la delincuencia juvenil⁷.

⁶ MARTÍN BARBERÁN, J., “Mediación víctima ofensor con jóvenes en Cataluña (España)”, trabajo de investigación realizado para *Grotius II Criminal Programme 2002-03* de la Comisión Europea. *Victim offender mediation: Organization and practice in the Juvenile Justice Systems*.

⁷ MARTÍN BARBERÁN, J. / DAPENA MÉNDEZ, J. / CANO, F., “La transformación del campo del control de la criminalidad y la Justicia penal”, en CASANOVAS, P. / DÍAZ / MAGRE, J. / POBLET, M. (Eds.), *Materials de Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, CEJFE, Barcelona 2009, pp. 95 ss.

Para apoyar ese cambio fueron de gran utilidad las diversas Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la materia, en las que se orientaba facilitar la restitución y compensación a las víctimas y también las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea General de 1980. Este programa pionero, que nació en mayo de 1990 se ha convertido en una parte esencial del actual sistema de justicia juvenil de Cataluña. Desde mayo de 1990 a mayo de 1998, ya un total de 4.883 jóvenes infractores y 3.046 víctimas habían participado y *“aceptaron solucionar sus conflictos mediante el Programa de mediación y reparación”*⁸.

2.2. La LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: un punto y aparte.

El CPE de 1995 no recoge una eximente de minoría de edad, sino que el art. 19 establece que: *“Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”*. En cumplimiento de lo previsto por esta disposición, la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) es la normativa que finalmente ordena y sanciona los hechos delictivos cometidos por jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años⁹. Según CEREZO MIR¹⁰ no es que se consideren inimputables a los menores de dieciocho años, sino que, por razones de política criminal, se les excluye del Derecho penal de adultos, creando un Derecho penal juvenil especializado, con vocación claramente pedagógica más que punitiva y orientado esencialmente a la prevención especial. Los menores de 14 años sí quedan exentos de toda responsabilidad penal, con lo cual no les son aplicables ni las penas del CP ni las medidas sancionadoras educativas

⁸ DAPENA, J. / MARTIN, J. (Coord.), *“Avaluació de l'Aplicació de l'Experiència pilot de Mediació i Reparació en la jurisdicció penal”*, 2006, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Direcció General de Mesures Penals Alternatives i de Justícia Juvenil, (en línea: <http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2006/experienciaPilotMediacio.pdf>).

⁹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *“Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”*, RECPC 17-19, 2015, p. 2.

¹⁰ CEREZO MIR, J., *Derecho Penal*, cit., pp. 80 ss.

de la LO 5/2000. Se les aplican otro tipo de respuestas de carácter protector, asistencial y de naturaleza administrativa, no sancionatoria.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO considera que el ordenamiento jurídico español actualmente no considera inimputables a los menores de 18 años y por tanto la responsabilidad penal se les exige, aunque bajo un régimen específico. Por ello, continúa el mencionado autor, se fija una edad a partir de la cual se les aplica el CP, pero deriva a otra norma la exigencia de responsabilidad penal entendiendo que la edad incide en la capacidad de culpabilidad o imputabilidad del individuo que realiza el hecho delictivo, ya sea por falta de capacidad o de madurez para comprender el sentido lesivo de sus actos¹¹. Es evidente la preocupación que generan los actos delictivos realizados por menores y jóvenes en todas las sociedades. Pero dado el nivel madurativo de los autores parece más adecuado gestionar estas situaciones bajo una óptica político-criminal en la que prevalezcan las medidas de carácter educativo y formativo que ofrecer otro tipo de respuestas de corte más punitivo o represivo¹².

La responsabilidad prevista para los mayores de 14 años por la LORPM es en parte penal y en parte educativa; esta combinación se inclina más hacia lo penal cuando se trata de delitos graves, cometidos con violencia o intimidación, en los que pueden aplicarse medidas de internamiento en régimen cerrado. Si el menor ha cumplido 16 años, según el artículo 10, la medida privativa de libertad podrá tener una duración de hasta 6 años, ocho en caso de delitos de homicidio castigados con pena superior a 15 años o incluso 10 años en algunos casos de concurso de delitos¹³.

En la redacción de esta Ley han estuvieron presentes las normas de Derecho Internacional, especialmente la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. La Ley evita la utilización del término penas, refiriéndose a “*medidas sancionadoras educativas*”, con lo cual se quiere resaltar la

¹¹ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “La responsabilidad penal del menor en el Derecho español”, RPM, núm. 9, México, 2016 p. 29.

¹² DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., RPM, núm. 9, México, 2016, p. 20.

¹³ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 612.

naturaleza, predominantemente educativa, que desplaza otras finalidades básicas del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la finalidad intimidatoria dirigida a los destinatarios de la norma. Por todo ello, en su exposición de motivos se destaca el interés superior del menor como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten¹⁴. Según CEREZO MIR estos límites objetivos de edad tienen un carácter convencional, pues muchos menores tienen capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y de obrar conforme a esa comprensión, a pesar de que, en ocasiones, esa capacidad de obrar se vea mermada por la falta de madurez en el desarrollo de la personalidad. Por ello entendía que estos límites objetivos tienen el carácter de una presunción *iuris et de iure*, que obedecen a consideraciones político-criminales que persiguen, no tanto la prevención general o el castigo del culpable, sino encontrar y aplicar el tratamiento más adecuado para los menores y los jóvenes que hayan realizado acciones u omisiones típicas, antijurídicas y en su caso culpables¹⁵. Como recuerda MIR PUIG, la LORPM recoge un catálogo de medidas, entre las que el Juez elige, en cada caso, con amplia libertad, teniendo en cuenta no solo la valoración jurídica de los hechos sino, sobre todo, la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor¹⁶. De todas formas, no puede obviarse que, desde la aprobación de la LORPM en el año 2000 se han venido produciendo numerosos casos de delitos graves cometidos por menores que han provocado en la opinión pública un cuestionamiento de su efectividad y que se haya abierto una extendida polémica en torno a esta Ley¹⁷.

Bajo parámetros de orientación básicamente educativa y de evitación de consecuencias penales estigmatizantes para los más jóvenes, la mediación, al igual que otros métodos de JR, ofrece una respuesta responsabilizadora y positiva ante las conductas delictivas. Como señala ORTUÑO MUÑOZ “*en justicia juvenil se ha demostrado que es mucho menos costoso invertir en educación e inserción de los jóvenes que encerrarlos en reformatorios, que son escuelas de delincuentes*”¹⁸. No se trata de adoptar una actitud paternalista o

¹⁴ Vid., Exposición de Motivos II de la LOPRM, apartados 6 y 7.

¹⁵ CEREZO MIR, J., *Derecho penal*, cit., pp. 80 ss.

¹⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 613.

¹⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., RECPC, 17-19, 2015, pp. 3 s.

¹⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P., *Justicia sin jueces*, cit., p. 160.

condescendiente frente a estas conductas, ni de dejarlas sin ningún tipo de reacción, ya que pueden denotar una gravedad incipiente, sino de actuar a través de algún mecanismo que provoque en el joven un proceso de reflexión personal acerca de su propia acción que le permita apreciar, directamente, las consecuencias y efectos que ésta puede tener, no solo sobre sí mismo, sino también sobre los demás. Uno de los mecanismos más potentes para provocar una reflexión pedagógica y una responsabilización sobre los propios actos es, sin duda, la mediación¹⁹.

La LORPM entró en vigor el 13 de enero de 2001, en virtud de su DF 7^a, derogando la anterior Ley 4/1992. Con posterioridad fue desarrollada reglamentariamente por el 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. Se aplica, como en la Ley 4/1992, a aquellos hechos tipificados como delitos en el CP, cambiando las penas establecidas en el CP por medidas de inspiración básicamente educativa, aunque, algunas de ellas, tienen también una evidente trascendencia sancionatoria, que queda patente en los delitos cometidos con violencia o intimidación o peligro grave para la vida o integridad física, en cuyos supuestos se prevén medidas de internamiento en régimen cerrado, de hasta 8 años o incluso 10 años, en caso de concurso de delitos²⁰, si el menor ha cumplido 16 años²¹.

Frente al modelo anterior de una justicia de menores de carácter tutelar o protector paternalista con medidas correctoras de duración indeterminada hasta la corrección del menor, la LORPM ofrece un modelo responsabilizador²². Este modelo se introdujo en la práctica en la ley 4/1992 en que se inició la respuesta de la especialización con finalidad educativa, ponderando una línea de responsabilización que se consolidó y desarrolló en la LORPM.

¹⁹ En este sentido, se ha expresado AGUILAR CÁRCELES, MM., “La cara opuesta al retribucionismo penal: la Justicia Restaurativa y la especial protección de los menores de edad”, RDPC, núm. 21, 2019, p. 54, para quien los menores forman un colectivo de especial vulnerabilidad, siendo precisamente en los casos de infractores menores donde la reflexión acerca de los principios, objetivos y valores de la JR debe estar más presente.

²⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 612.

²¹ De acuerdo con lo establecido en el art. 10.2. b) de la LORPM, en los supuestos castigados con pena de 10 a 15 años, la medida de internamiento que el juez “deberá” imponer es de 1 a 8 años y complementar sucesivamente con libertad vigilada y asistencia educativa de hasta un máximo de 5 años.

²² GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., p. 509.

Como señala PERIAGO MORANT, no debe olvidarse que los niños en el sistema previsto por la LORPM sean víctimas o infractores, son ante todo niños, lo que implica que deben ser tratados como tales. Su especial posición, desde un punto de vista jurídico, reclama un tratamiento diferenciado respecto de los adultos²³. Este mismo autor destaca, dentro de la línea de intervención educativa, varias razones que justifican la utilización de la JR con los menores autores de delitos de pequeña o mediana gravedad. La primera razón hace referencia a que los menores, en general cometen delitos menos graves que los adultos y su conducta delictiva se asocia tradicionalmente a factores biológicos, psicológicos, sociales o al consumo de alcohol o tóxicos. Un segundo argumento que, a juicio de PERIAGO MORANT apoya la utilización de la JR en menores, radica en el hecho de que los menores presentan una menor culpabilidad que los adultos ya que su capacidad de decisión es más permeable a influencias externas como la ejercida por sus pares y porque se encuentra en un período de formación de su identidad. Este argumento encaja con nuestro sistema de responsabilidad penal, ya que según la propia LORPM a menor edad menor culpabilidad y por tanto menor gravedad en la respuesta a la infracción, como veremos más adelante. Finalmente, destaca el mencionado autor que la evolución desde la adolescencia a la vida adulta supone una ventana de oportunidad, tanto para potenciar un comportamiento prosocial como para avanzar en la conducta delictiva, aunque en general la tendencia es a cometer menos delitos a medida que entran en la edad adulta. PERIAGO MORANT concluye que, los datos relativos a la delincuencia juvenil, reflejan que la utilización de la JR “encaja como una herramienta educativa adecuada al perfil del menor infractor de nuestro país para fomentar su comportamiento prosocial”²⁴.

La aplicación de la medida de la LORPM se realiza en función de **tres tramos de edad: menores de 14 años, mayores de 14 años y menores de 18 y mayores de 18 años y menores de 21.**

²³ PERIAGO MORANT, J., “Las Alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la Justicia Restaurativa y al principio de flexibilidad”, RECPC, núm. 22, 2020, pp. 10 ss.

²⁴ PERIAGO MORANT, J., RECPC, núm. 22, 2020, pp. 14 ss.

1º. **Menores de 14 años:** como establece la Ley y destacan autores como MIR PUIG, no están sujetos a responsabilidad penal, sino solo a medidas educativas y/o asistenciales²⁵. Cuando un menor de 14 años comete una infracción penal queda fuera del ámbito de esta Ley y se le aplicará únicamente lo dispuesto en las normas educativas y asistenciales sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes²⁶. Se trata de medidas de tipo administrativo de carácter protector adecuadas a su situación, según lo dispuesto en las normas sobre protección de menores²⁷. En este punto recuerda DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO que al quedar estos casos fuera del sistema penal, la misma ley establece la puesta en marcha de los sistemas de protección y tutela “con la remisión del testimonio de particulares se pone fin a la intervención del orden penal”²⁸.

2º. **Mayores a partir de 14 años y menores de 18:** franja de edad en la cual es plenamente aplicable la LORPM. No obstante, respecto a la duración de las medidas, distingue entre jóvenes de 14 a 16 y jóvenes de 16 a 18 años. En el primer caso, respecto a las medidas más graves, de internamiento, no podrán superar los 2 años, según el art. 9.3. En cambio, según el art. 10. 1. a) pueden llegar hasta 3 años o incluso 5 en los supuestos más graves del art. 10.2. Si se trata de jóvenes comprendidos entre los 16 y 18 años, “cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de 1 a 6 años de duración complementada, sucesivamente por otra medida de libertad vigilada, con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años”²⁹. Este internamiento, según el art. 10-2b, puede alcanzar los 8 años en los supuestos del art. 10-2³⁰. Como establece la Ley, en delitos de terrorismo las

²⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 610.

²⁶ Vid., Art. 3 de la LORPM.

²⁷ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, junto a sus protocolos facultativos; LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada el 29 de julio de 2015 por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁸ En opinión de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 99, con el testimonio de particulares, el Ministerio Fiscal realiza únicamente una actuación estrictamente administrativa de carácter tuitivo. Por este motivo algunos autores entienden que el artículo 3, que regula el régimen de los menores de 14 años, es innecesario y no debería integrarse en la LORPM.

²⁹ Vid., Art. 10.1 b).

³⁰ Según reza el art. 10.2 de la LORPM: “Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que

penas de internamiento pueden ser de hasta ocho años, e incluso 10 años en caso de concurso de delitos con posibilidad de añadir una medida posterior de libertad vigilada de hasta 5 años (disposición adicional 4ª, c, LORPM, que también eleva el límite máximo de privación de libertad para menores de 16 años a 5 años)³¹, con lo cual la destacada finalidad educativa parece quedar en segundo plano en estos casos más graves.

3º. Mayores de 18 años y menores de 21: según el texto inicial, y de forma excepcional, se les podía aplicar esta Ley, si se daban determinadas condiciones. No obstante³², por disposición de la LO 9/2000 y la LO 9/2002 se suspendió la posibilidad de extender la LORPM a los mayores entre 18 y 21 años. Posteriormente, esta posibilidad quedó definitivamente suprimida por la LO 8/2006 de 4 de diciembre que modificó el texto original de la LORPM ³³.

La LORPM supuso un cambio en la población atendida, al excluir a los menores de 12 y 13 años y, por el contrario, expandirse hasta los 18 años. Citando su Exposición de Motivos, tiene un interés particular la reparación del daño causado y la conciliación del infractor con la víctima, que pueden dar lugar a la no incoación, al sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta. Da un mayor énfasis a la prevención especial y predominan los criterios educativos y resocializadores sobre los meramente punitivos y de defensa social basada en la prevención general. Aunque, como señalan algunos autores, esta norma responde a intereses distintos, en función de su doble naturaleza, penal y educativa³⁴, la Ley evita la utilización del término “pena” y habla solo de “medidas sancionadoras-educativas”, con lo cual se quiere subrayar que la reacción jurídica frente a los menores tendrá una naturaleza predominantemente educativa, rechazando, de forma expresa, otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma.

tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años”

³¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 612.

³² MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 611.

³³ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., RECPC, 17-19, 2015, p. 9.

³⁴ CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Conciliación y reparación del daño”, RECPC, 2005, núm. 07-14, pp. 1 y ss.

Como subraya DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO la naturaleza jurídica de estas medidas es controvertida al entender que se trata de sanciones de carácter penal que en ocasiones son similares a verdaderas penas y en otras se acercan más a medidas de seguridad. Considera, por tanto, que constituyen un sistema mixto, ya que a veces se imponen en base al reproche merecido por la conducta del menor y a la valoración jurídica del hecho cometido y en cambio en otras se orientan decididamente hacia la prevención especial. En todo caso este autor considera que su ejecución debe enfocarse hacia la finalidad de reeducación y reinserción social teniendo en cuenta el interés superior del menor que, pese a tratarse de un concepto indeterminado, ha de inspirar todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales relativas a los menores³⁵.

En consecuencia, como se señala en la propia Exposición de Motivos, “*el superior interés del menor es el elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten*”³⁶. Las medidas de internamiento en régimen cerrado solo serán aplicables cuando el hecho delictivo esté tipificado como delito grave por el CP o Leyes penales especiales, o tratándose de delitos menos graves, cuando se haya realizado con “*violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas*”. En ningún caso puede aplicarse cuando se trate de acciones u omisiones imprudentes³⁷.

Por otra parte, como señala DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO el reconocimiento de un mayor protagonismo para la víctima ha supuesto ampliar también su participación en el proceso penal de menores, lo cual plantea algunos inconvenientes respecto a la relevancia del interés superior del menor. En este aspecto, anteriormente el papel del acusador particular era reducido y el principio acusatorio se limitaba a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Al equipararse la acusación particular del proceso de menores al de adultos, el principio acusatorio podrá ampliarse al tipo de medida y duración que solicite la acusación particular, lo cual puede dificultar la efectividad real del principio general de interés superior del menor³⁸.

³⁵ DÍAZ -MAROTO Y VILLAREJO, J., RPM, núm. 9, México, 2016, p. 26.

³⁶ Exposición de motivos de la LORPM.

³⁷ Arts. 9.2 a) y b) y 9.4 LORPM.

³⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley reguladora*, cit., p. 104.

Con relación a los aspectos procesales, los juzgados competentes para aplicar esta Ley, en primera instancia, son exclusivamente los Juzgados de Menores, debiendo existir uno, por lo menos, en cada capital de provincia. La sentencia del Juez de Menores es apelable ante la Audiencia Provincial. También puede interponerse recurso de casación a la sentencia de la Audiencia Provincial, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, si contradice la jurisprudencia de dicho tribunal. En los supuestos de terrorismo será competente, ya en primera instancia, el Juzgado de Menores de la Audiencia Nacional. El abogado tiene un papel importante y deberá estar especializado para intervenir como letrado de menores (art. 22. 1.b y 22. 2). No hace falta procurador en este tipo de procesos.

El Ministerio Fiscal adquiere un protagonismo decisivo y se convierte en el órgano instructor e investigador. Tiene el monopolio exclusivo del arranque del proceso, ya que la decisión de la incoación corresponde al Fiscal. también le compete, en caso de conciliación o cumplimiento de los compromisos de reparación, da por concluida la investigación y solicitar al Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En todo caso cabe preguntarse: ¿Cómo puede ser el Fiscal, investigador y, a la vez, protector del menor?

Respecto al principio de oportunidad, se consagró por primera vez en España, en el art. 18, según el cual el Fiscal podrá no incoar el proceso si se trata de “*delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas...*”. Y, como hemos visto, puede también desistir de la continuación del procedimiento incoado si el menor asume una conducta reparadora. Este desistimiento se escenificará ante el Juez que sobreseerá el expediente. El Juez de menores no podrá separarse de la pretensión sancionatoria propuesta por el Fiscal, quedando, por tanto, muy vinculado a la pretensión del Ministerio Fiscal. Prevalece el principio de oralidad y la sentencia deberá contener los razonamientos jurídicos que han motivado tal decisión. Ha de individualizarse la medida impuesta y la sentencia deberá redactarse en un lenguaje claro, que permita al menor entender su contenido.

2.3. La mediación y la reparación en la la LORPM: beneficios para el menor infractor

Como afirman AYORA MASCARELL / CASADO CORONAS, en la LORPM se brinda la posibilidad de llevar a cabo programas de mediación y reparación a la víctima y se asigna al Equipo técnico las funciones de mediación entre el menor y la víctima³⁹. En concreto, en el art. 19 se establece el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación a la víctima. Siguiendo a DÍAZ MAROTO, la conciliación y la reparación del daño son opciones de naturaleza claramente desjudicializadora en interés del menor que tienen como objetivo reducir al mínimo la intervención penal y potenciar la autonomía en el proceso responsabilizador del menor. Ambas son manifestaciones del principio de oportunidad procesal reglada que, además del art. 19, inspira también el 18 de la Ley. En virtud de este principio, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del procedimiento judicial, siendo esencial el papel del mediador del Equipo Técnico y el informe que realice sobre cada caso⁴⁰.

Según el primer apartado del art. 19, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente teniendo en cuenta “*la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor*” en aquellos casos, sin violencia o intimidación graves, en que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Este desistimiento solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave. Por tanto, en estos casos el Fiscal puede solicitar al Juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con lo cual, según AYORA MASCARELL / CASADO CORONAS la mediación abre una vía alternativa al procedimiento judicial⁴¹. En el segundo apartado del art. 19 se definen los conceptos de conciliación y de reparación a los efectos de la Ley. Así se entiende que se ha producido la conciliación entre el menor y la víctima, cuando el menor reconozca el daño causado, se disculpe ante la víctima, y ésta acepte las disculpas. La conciliación

³⁹ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña”, cit., p. 11.

⁴⁰ DÍAZ -MAROTO Y VILLAREJO, J., RPM, núm. 9, México, 2016, p. 35.

⁴¹ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña”, cit., pp. 11 y ss.

tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño provocado y estar dispuesto a disculparse ante la víctima. El concepto de conciliación queda ligado al daño emocional padecido por la víctima y a las necesidades psicológicas que le ha generado el delito.

En palabras de DÍAZ MAROTO el objetivo de la conciliación consiste en que la víctima reciba una satisfacción de tipo psicológico por parte del menor infractor que ha de arrepentirse del daño causado y disculparse ante la víctima⁴². En la reparación se requiere más que una satisfacción psicológica porque el menor ha de llevar a cabo el compromiso asumido de reparación material, ya sea realizando trabajos en beneficio de la comunidad o acciones a favor o en satisfacción de la víctima. Con ello, como afirma este autor, se puede eludir un proceso estigmatizador para el menor y la víctima no solo tiene la oportunidad de intervenir en la resolución del conflicto, sino que además evita así una hipotética segunda victimización.

Se entiende, por tanto, que hay reparación cuando el menor ha asumido el compromiso y se han llevado a la práctica, de forma efectiva, determinadas actuaciones en beneficio de la víctima, del perjudicado o de la comunidad. El concepto de reparación se vincula más al daño material ocasionado, que ha de ser objeto de una acción proactiva o constructiva a cargo del menor infractor con el objetivo de compensar el perjuicio padecido por la víctima. Al margen queda el tema de la responsabilidad civil, que puede acordarse aparte o puede tenerse en cuenta en el mismo acuerdo de reparación⁴³. De forma congruente con el necesario protagonismo que debe reconocerse a la víctima, de acuerdo con lo establecido en el mencionado artículo, se entiende producida la conciliación cuando la víctima acepta las disculpas.

Igualmente, la reparación se acuerda entre el menor y la víctima, que, por tanto, participa activamente, tanto en la conciliación como en la reparación. En esta misma línea, en el apartado sexto se establece que, en los casos en que la víctima del delito fuese también

⁴² DÍAZ -MAROTO Y VILLAREJO, J., RPM, núm. 9, México, 2016, pp. 35 ss.

⁴³ Art. 19.2 LORPM: “*Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*”.

menor de edad o incapaz, el compromiso de reparación habrá de ser asumido por su representante legal con la aprobación del Juez de Menores. El representante obra en nombre de la víctima directa, aunque ésta en principio no queda excluida de las actuaciones propias del proceso de mediación.

Las funciones de mediación entre el menor y la víctima quedan a cargo del correspondiente equipo técnico, según el apartado tercero del mismo art. 19, que le asigna también el mandato de informar al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su cumplimiento. Al igual que en los demás procesos de mediación, el profesional mediador facilita el acercamiento entre las partes para que aborden el conflicto de forma conjunta y busquen soluciones de reparación del daño. El mediador organiza y ordena las etapas necesarias, gestionando un encuentro positivo en el que se puedan abordar los distintos elementos a trabajar⁴⁴.

En el punto 4º del art. 19 se regulan los efectos de la conciliación efectiva y del cumplimiento de los compromisos de reparación, que consisten en que el Fiscal concluirá la instrucción y “*solicitará al Juez el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado*”. En dicho apartado, se contempla que se producirá el mismo efecto de sobreseimiento y archivo de la causa, incluso en el supuesto de que la conciliación o los compromisos de reparación a la víctima o perjudicado, no hayan podido llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor. Cuando, por el contrario, los compromisos de reparación no se cumplan o la actividad educativa no se realice, entendiéndolo “*sensu contrario*” por falta de voluntad del menor, el Ministerio Fiscal seguirá adelante con la tramitación del expediente. También la conciliación y reparación pueden promoverse a instancia de los equipos técnicos, ya que según el art. 27.3, si el equipo técnico lo considera apropiado, en función de las circunstancias del caso y en interés del menor, puede informar sobre la posibilidad de que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima. Si se cumplen los requisitos del art. 19. 1º, y se efectúa la conciliación o la reparación en los términos del apartado cuarto del

⁴⁴ GIMENO, R. / NOGUERAS, A., “De la Mediación y reparación a la víctima a la prevención”, RES, núm. 15, junio 2012, pp. 6 ss.

mismo artículo, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y remitirá el expediente al Juez, proponiendo el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones, tal como establece el apartado cuarto del art. 19.

Así pues, cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, teniendo en cuenta que, en todo caso, se valorará la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos y que el menor se ha conciliado con la víctima. O bien que el menor haya asumido la reparación del daño causado a la víctima o al perjudicado o se haya comprometido a llevar a cabo la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos, o bien cuando no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. Si el menor no realizase la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. Si la víctima fuese menor o incapaz, el compromiso del acuerdo deberá ser asumido por el representante legal de la víctima menor con la aprobación del Juez de Menores.

También según el art. 51 de la misma LORPM, que hace referencia a la sustitución de las medidas, en su apartado tercero, establece que la conciliación del menor con la víctima (que puede interpretarse extensiva a la reparación) producida en cualquier momento y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19, podrá dejar sin efecto la medida ya impuesta. La valoración de la conciliación efectuada, por parte del Juez, puede darse a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y una vez oídos el equipo técnico y los representantes de la entidad pública de protección o de reforma de menores⁴⁵. Como comenta DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en la ley se encomienda la decisión sobre la sustitución de la medida al Juez competente para su ejecución que puede no coincidir con el Juez sentenciador⁴⁶. Por otra parte, la conciliación es igualmente un claro exponente

⁴⁵ Según el mismo apartado 3 *in fine* del art. 51 para dejar sin efecto la medida impuesta el Juez ha de entender 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”.

⁴⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley*, cit., p. 689.

del principio de oportunidad y de la mediación y también pueden tenerse en cuenta para el sobreseimiento de un procedimiento disciplinario incoado en los Centros motivado por el comportamiento irregular del menor durante su estancia en ellos⁴⁷.

En definitiva, el Fiscal puede desistir de la acusación en hechos poco graves y el Juez, puede dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, en cualquier momento y salvo excepciones, siempre que sea en beneficio del menor y el reproche por el delito quede suficientemente expresado. Estos dos criterios ponen de manifiesto la doble naturaleza sancionadora y tutelar de la Ley, siendo un ejemplo de la moderna política criminal que, en el caso de menores, puede dejar el Derecho penal en un segundo plano cuando son posibles otras mediadas tutelares más específicas y útiles⁴⁸.

Los equipos técnicos que asumen estos programas de mediación con menores⁴⁹ tienen un importante papel, tanto en la puesta en práctica y facilitación de las mediaciones como en el seguimiento de los compromisos asumidos por los jóvenes o en la elaboración de informes y propuestas con las finalidades que les reconoce la propia LORPM. En palabras de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, siguiendo a MARCHENA GÓMEZ, los equipos técnicos son una “*pieza angular*” en el procedimiento de menores⁵⁰. Estos equipos están presentes desde el inicio del proceso, aunque no sean parte del mismo y brindan un imprescindible apoyo terapéutico y social. Su participación se explica, según SANZ HERMIDA por el carácter personalizado de este proceso orientado a preservar y tutelar el interés del menor, favoreciendo la adopción de las medidas más oportunas⁵¹.

Con el apoyo psico-social del equipo técnico se contribuye, por tanto, a que la mediación, al igual que las medidas adoptadas para los menores infractores, se puedan ubicar en el entorno natural donde se ha producido el problema, ya que es ahí donde deben buscarse

⁴⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J, “Derecho penal del menor”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 307.

⁴⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 613.

⁴⁹ Según DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley*, cit., p. 471, estos equipos están integrados por especialistas en distintas disciplinas (mayoritariamente psicólogos, educadores y trabajadores sociales). Dependen funcionalmente del Ministerio Fiscal, a quien además prestan asesoramiento sobre la personalidad del menor y sobre las medidas que puedan ser más adecuadas en cada caso.

⁵⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley*, cit., p. 471.

⁵¹ SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002, p. 129.

las soluciones al no resultar posible huir de la realidad⁵². Desde los propios equipos técnicos se destaca la importancia de que los profesionales integrantes se formen en la materia relativa a la gestión de conflictos y en técnicas específicas de mediación, ya que la adquisición de estas habilidades puede incidir positivamente en la prevención de conflictos y en una intervención de carácter educativo respecto a los niños y jóvenes implicados⁵³.

2.4. El sentido de la mediación ante el menor infractor

Según CRUZ MÁRQUEZ⁵⁴, la conciliación y la reparación, definidas como hemos visto en el artículo 19.2, se dirigen a la regulación de las consecuencias de un conflicto asociado a un hecho delictivo, produciéndose ambas a través de la puesta en práctica de un procedimiento de mediación que facilita el encuentro voluntariamente aceptado y la comunicación entre el menor infractor y la víctima. En el contexto que crea la mediación, se trata la diferente vivencia de los hechos que tiene cada una de las partes y sus consecuencias, especialmente para la víctima. Supone abrir un espacio específico en el que se trabaja el conflicto interpersonal, paralelo al social que provoca el delito, planteándose también los efectos que puede provocar el tipo de respuesta que se le dé. Como señalan GIMENO VIDAL / NOGUERAS MARTÍN, la mediación permite que el infractor y la víctima se pongan uno frente al otro de forma constructiva, no para anclarlos en los hechos pasados sino para proyectarlos hacia el futuro en busca de alternativas que les sean válidas⁵⁵.

Como destacan NOGUERAS MARTÍN y otros profesionales del equipo técnico de mediación juvenil de la DGMPAJJ, una característica general de los menores atendidos es la falta de previsión de las consecuencias y el desconocimiento de la dimensión real de su conducta. Los jóvenes infractores saben que han hecho algo que no está bien, pero a menudo tienen

⁵² SENDÓN, L., “Intervención educativa con menores infractores, no todos son delincuentes”, RES, núm. 15, julio, 2012, p. 7.

⁵³ NOGUERAS MARTÍN, A. / GIMENO VIDAL, R. (Coords.), “*Més enllà de la Mediació. Els escenaris del diàleg*”, CEJFE, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2013, p. 19.

⁵⁴ CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Conciliación y reparación del daño”, RECPC, núm. 7, 2005, pp. 14 ss.

⁵⁵ GIMENO VIDAL, R. / NOGUERAS MARTÍN, A., RES, núm. 15, julio, 2012, pp. 6 ss.

una visión parcial de su acción y, por eso, tienden a minimizarla “*pero si fue una tontería*”. Frente a esa desresponsabilización, el proceso de mediación estimula una toma de conciencia acerca de que su conducta no es inocua.

El menor toma conciencia de que sus actos le pertenecen y que tienen consecuencias tanto para ellos mismos como para terceros. Lo que ha pasado con la víctima es una de estas consecuencias. Los efectos sobre él mismo ya los ha podido comprobar, dado que la denuncia, en general, lo habrá descolocado no en vano, dio pie a la intervención de la policía, la reacción familiar, e incluso, en ocasiones, a la comunidad escolar y vecinal. El menor en ocasiones vive la situación como “una exageración” o incluso como “una injusticia” en la que se siente víctima de lo que pasa. Ante esta “visión parcializada” es importante escuchar, recoger y reconocer las consecuencias que el hecho ha tenido para él y darles un lugar. Pero también es fundamental no dejarlo con esta visión parcial y llevarlo a reflexionar sobre las otras consecuencias derivadas de su acción, por ello NOGUERAS MARTÍN recuerda que la mediación es sobre todo “*un proceso de responsabilización*”⁵⁶. No se trata únicamente de una responsabilización objetiva basada en el resultado del hecho delictivo o en la asunción de responsabilidades en la comisión del hecho, sino fundamentada en un concepto más profundo de responsabilidad como lo es el hecho de responder ante uno mismo y ante los demás de los propios actos y actitudes.

FUNES ARTIAGA destaca que los programas de mediación parten de que la confrontación del menor infractor con la víctima puede modificar la perspectiva del adolescente y provocar una mayor aceptación de la víctima. La responsabilización del primero se produce como consecuencia del proceso de mediación. De la simple aceptación de los hechos se pasa a percibir la existencia de una víctima real, a conocer la perspectiva de la otra persona que ha sufrido las consecuencias de su acción⁵⁷. DE LEO señala que la responsabilidad se desarrolla si es exigida: “*la responsabilidad existirá también en la medida en que sea exigida*”⁵⁸. La mediación supone para el menor un ejercicio de introspección, ya que ha de contestar muchos “porqués” que se plantean sobre sí mismo,

⁵⁶ NOGUERAS MARTÍN, A., “La Mediación en el ámbito Penal Juvenil”, RES, núm. 2, 2004, pp. 2 ss.

⁵⁷ FUNES ARTIAGA, J., *Mediación y Justicia Juvenil*, Dykinson, 1994, pp. 194 ss.

⁵⁸ DE LEO, G., *La Justicia de Menores*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019, *passim*.

cosa a la que no está muy acostumbrado. Ello le obliga a pensar, a reflexionar sobre su conducta y tomar conciencia del otro. Cuando descubre el daño causado a otra persona es cuando puede desarrollar su deseo de reparar. La mediación posibilita y estimula ese proceso de reflexión personal que facilita la reparación del daño causado a la víctima, ofreciéndole, además, la oportunidad de cambiar su imagen de “delincuente” por otra de persona que asume las responsabilidades de los efectos de su propia conducta.

La mediación rescata y potencia los aspectos sanos del individuo y evita su estigmatización, objetivo a tener muy en cuenta si se pretende evitar la reincidencia en actitudes delictivas. El proceso tradicional puede, sin pretenderlo, incentivar esa reincidencia en el joven inmaduro, ya que vive ese proceso de forma despersonalizada, como si le hubiese caído encima una mera estructura “institucional-represiva” en la que pierde la dimensión exacta del daño y el padecimiento real que su acción puede haber causado a personas concretas. Por otra parte, las acciones delictivas pueden reproducirse más fácilmente si se siente “etiquetado” irremisiblemente de delincuente y asume ese etiquetamiento, debido a la falta de madurez y a la carencia de un proceso de reflexión sobre sí mismo, sobre sus actos y consecuencias. Como señala FUNES ARTIAGA el hecho de resolver los conflictos con la mediación significa que los jóvenes pasarán a un contexto de acción positiva, después de haber actuado negativamente. Se favorece, además con ello, la posibilidad de probar ante los demás y ante sí mismo que es capaz de vivir en sociedad de manera constructiva. A diferencia de otras respuestas penales, no sitúa en primer lugar al adolescente o al joven ante del castigo, sino que lo coloca ante una víctima real que ha resultado perjudicada por los hechos que ha cometido. Así pues, *“el primer reto que se le plantea no es escapar, como sea del castigo, sino actuar para compensar las consecuencias humanas y sociales de su conducta”*⁵⁹.

2.5. Incoación del expediente e inicio de la actividad mediadora

De acuerdo con lo establecido en el art. 16, corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción y la incoación del expediente. Las personas que tengan conocimiento de los hechos indicados en el artículo 1 de la LORPM, presuntamente cometidos por un menor de 18

⁵⁹ FUNES ARTIAGA, J., *Mediación y Justicia*, cit., pp. 195 ss.

años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio público, “*quien admitirá o no a trámite la denuncia, según si los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito*”. El Fiscal practicará las diligencias que estime oportunas para comprobar la comisión del hecho y la responsabilidad del menor, pudiendo archivar las actuaciones realizadas si estima que los hechos no son constitutivos de delito o no tienen autor conocido. Realizadas estas primeras actuaciones, si el Ministerio Fiscal entiende que los hechos son constitutivos de delito, dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes y abrirá la pieza separada de responsabilidad civil, que se tramitará según lo previsto en el art. 64 de la LORPM.

No obstante, según el art. 18, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente “*cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas... en tal caso el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley*”. En estos casos el Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados tal desistimiento. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido anteriormente hechos de la misma naturaleza, el Fiscal deberá incoar el expediente. Según el artículo 27 durante la instrucción del expediente, requerirá del equipo técnico (que a estos efectos dependerá funcionalmente del Ministerio Fiscal, sea cual sea su dependencia orgánica) la elaboración de un informe “*sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley*”. Dicho informe lo remitirá al Juez de menores con copia al letrado del menor, deviniendo esencial la colaboración del Ministerio Público con el equipo técnico⁶⁰.

⁶⁰ CAPDEVILA CAPDEVILA, M. / FERRER PUIG, M. (Dirs.). BLANCH SERENTILL, M. (Coord.), “La Reincidencia en el Programa de Mediación y Reparación de Menores”; Área de Investigación y Formación Social y Criminológica del CEJFE (en línea: http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/200250/reincidencia_program_mediacio_sencer_cast.pdf?sequence=1), p. 43, en Cataluña, por ejemplo, hay cuatro equipos técnicos en Barcelona y uno en cada territorio: Tarragona, Lleida, Girona y Terres de l’Ebre.

De conformidad con lo indicado en el art. 27 de la la LORPM, el equipo técnico podrá plantear varias opciones: una intervención socio-educativa, destacando aquellos aspectos que considere relevantes para concretar dicha intervención. O bien la posibilidad de realizar una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, en cuyo caso no será necesario que el equipo realice el informe mencionado en el primer apartado. O, por último, proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, en cuyo caso si se dan los requisitos del art. 19.1, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con la propuesta de sobreseimiento. Es, por lo tanto, el propio equipo técnico el que valora, de forma individualizada en cada caso, las posibilidades y la oportunidad de iniciar un proceso de mediación en el supuesto concreto.

En este punto, cabe cuestionarse si la mediación, como oportunidad de diálogo y de conciliación o reparación a favor de la víctima, puede plantearse solo en determinados supuestos de escasa gravedad, o, por el contrario, es posible ofrecerla a las partes en todo caso. Dadas sus ventajas, defiende que la mediación penal juvenil sea factible en casi todas las figuras siempre que tanto la víctima como el joven ofensor se muestren de acuerdo en iniciarla y ambas reúnan los requisitos necesarios para llevarla a cabo, aunque sus efectos y repercusión jurídica puede ser diferente en función del caso. Así, por ejemplo, puede proponerse el sobreseimiento del expediente, ya que según el art. 19.1 la conciliación o el compromiso de reparar el daño causado, podrá dar lugar al desistimiento de la continuación del expediente en caso de no haber violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, si además el hecho imputado al menor constituye delito menos grave.

A tenor de lo previsto en el art. 51.3 de la la LORPM, y como se ha comentado anteriormente, también puede finalizar el cumplimiento de la medida ya impuesta en la fase de ejecución. Como destaca NOGUERAS MARTÍN, cuando el menor infractor esté cumpliendo ya la medida, en cualquier momento en que se produzca la conciliación entre la víctima y el menor, en los términos del art. 19, se podrá dejar sin efecto dicha medida, cuando el Juez, de forma motivada, 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 de conciliación más el tiempo de cumplimiento de la medida, “*expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor*”⁶¹. En los demás casos el Ministerio Fiscal no podría paralizar la instrucción, aunque se llevase a cabo un proceso de mediación. Pero si la mediación finalizase con éxito, reparando a la víctima, por analogía *in bonam parte*, podría considerarse aplicable la atenuante de reparación del art. 21.5 CP, entendiendo que sus disposiciones actúan de forma subsidiaria o complementaria a lo dispuesto en la LORPM. Como destacan CAPDEVILA CAPDEVILA / FERRER PUIG los Programas de Mediación y Reparación en Justicia Juvenil, en Cataluña y en el resto del país, parten del marco teórico que ofrece la JR, como alternativa o complemento de la Justicia Retributiva clásica y según la Recomendación CM/Rec. (2010) del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶².

Para que un menor pueda participar en un programa de mediación y reparación deben darse tres condiciones básicas. Primero, que el menor acepte su responsabilidad en los hechos, lo que significa que asuma haber participado en estos a un cierto nivel. Segundo, que el menor muestre explícitamente su voluntad de llevar a cabo el programa, de lo que se deduce un interés por su parte en solucionar el conflicto. Por tanto, deberá asumir ante el equipo técnico, el compromiso inicial de conciliarse con la víctima, de repararla o subsidiariamente de participar en una actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (art. 19.1 LORPM). Y, finalmente, que el menor tenga la capacidad necesaria y suficiente para reparar el daño que ha causado o participar en la actividad educativa propuesta. Es importante que sus carencias no le imposibiliten asumir su responsabilidad y pueda concluir de forma positiva el programa.⁶³

Si el equipo técnico comunica al Ministerio Fiscal la conveniencia de la mediación, se inicia de forma efectiva el proceso. En la práctica, según el propio *Departament de Justícia de la Generalitat* en el proceso de mediación con jóvenes se dan tres momentos

⁶¹ NOGUERAS MARTÍN, A., RES, núm. 2, 2004, p. 9.

⁶² CAPDEVILA CAPDEVILA, M. / FERRER PUIG, M. (Dir.) / BLANCH SERENTILL, M. (Coord.), “La Reincidencia”, cit., p. 13.

⁶³ A juicio de GIMENO VIDAL, R. / NOGUERAS MARTÍN, A., RES, núm. 15, julio, 2012, p. 5, el menor tiene que tomar conciencia, asumir el resultado de sus acciones, ser capaz de ofrecer algo válido a la víctima para que pueda sentirse satisfecha y en consecuencia reparada.

fundamentales. En primer lugar, la entrevista con el menor, los padres o tutores legales y el abogado. Mediante ella se valora la viabilidad del programa respecto al infractor concreto, abordándose la descripción que hace de los hechos y el grado de responsabilidad que asume, la capacidad para reflexionar sobre su conducta, las consecuencias que ha producido y su voluntad de reparar a la víctima, empatizando con ella, aportando soluciones y llevándolas a la práctica. En segundo lugar, deviene crucial la entrevista con la víctima, con sus padres en caso de ser menor y con el abogado, si así se requiere, para ofrecerle la posibilidad de ser atendida, escuchada y de participar activamente en la búsqueda de soluciones al daño que ha padecido. Esta entrevista con la víctima se produce una vez el menor infractor ha aceptado entrar en el programa de mediación y la persona mediadora considera que reúne las condiciones apropiadas para participar. Y, en tercer lugar, lógicamente resulta fundamental el encuentro de mediación entre la víctima y el infractor, que únicamente se llevará a cabo si ambos están de acuerdo y la persona mediadora lo considera oportuno. En este encuentro el mediador presenta a las partes, define el motivo de la reunión y subraya el interés de ambos por afrontar el conflicto a través del diálogo y la posibilidad de alcanzar acuerdos acerca de las consecuencias de lo sucedido. El mediador conduce el proceso y facilita que las partes puedan expresar su vivencia del conflicto, propiciando la búsqueda de intereses y de soluciones que sean reparatorias para la víctima⁶⁴.

La actividad educativa solo se propondrá cuando la conciliación o la reparación con la víctima no haya sido posible, ya sea porque la víctima no es una persona física o jurídica determinada, se trate de la propia comunidad, o bien se niegue a participar en un proceso de conciliación-reparación, ya sea directa o indirecta con el imputado. En cuyo caso deberá especificarse el tipo de actividad propuesta. Ante el inicio de la mediación, el Ministerio Fiscal desiste provisionalmente (no sobresee) de continuar la instrucción del expediente, y paraliza la realización de nuevas diligencias de instrucción a la espera de su resultado. Si se tratase de un delito menos grave, podrá autorizar la mediación, pero no puede desistir de la instrucción (art. 19.1 in fine) y así debe comunicárselo al equipo

⁶⁴ Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, El proceso de Mediación en jóvenes, *Programa de mediació en l'àmbit penal juvenil del Departament de Justícia* (en línea: http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/justicia_juvenil/ambits_d_actuacio/mediacio/proces/), p. 1 y ss.

técnico junto a la autorización del inicio de la mediación. Si la víctima es menor o incapaz, el compromiso de reparación o de conciliación deberá ser asumido por su representante legal con la posterior aprobación del Juez de menores⁶⁵.

2.6. Dos posibles resultados del proceso de mediación: con acuerdo o sin acuerdo

Como afirman CAPDEVILA CAPDEVILA / FERRER PUIG, estos programas parten de un modelo de justicia juvenil en que se observa al joven infractor, no como a una persona incapaz de ser consciente de sus actos, sino como un sujeto con capacidad suficiente para afrontar la responsabilidad de sus propias acciones y que necesita ser confrontado con las normas sociales respetando los derechos y garantías que le corresponden. Por ello conseguir la reparación efectiva del daño causado a la víctima y la responsabilización del menor sobre su propia conducta y sus consecuencias son objetivos fundamentales que se buscan en el resultado de estos procesos de mediación⁶⁶.

Si finaliza el proceso de mediación con acuerdo, el mediador remite al Ministerio Fiscal el documento con los compromisos alcanzados entre las partes y un informe sobre el proceso seguido, valorando su resultado, incluso aunque la víctima no haya participado por motivos ajenos al joven infractor y éste haya realizado alguna actividad de tipo socioeducativo o reparatorio⁶⁷. Para que el Ministerio Fiscal pueda dar por concluidas todas las actuaciones y solicitar al Juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, la mediación debe terminar con alguno de los siguientes resultados: conciliación con la víctima -lo cual significa el reconocimiento del daño causado-, la presentación de disculpas a la persona ofendida y la aceptación de estas disculpas. Como destacan CAPDEVILA CAPDEVILA / FERRER PUIG, la conciliación tiene por objeto que la persona dañada reciba una satisfacción psicológica a cargo del infractor que debe estar dispuesto a disculparse de forma creíble y la víctima ha de estar dispuesta a otorgar el

⁶⁵ Si se hubiese propuesto una actividad educativa, el equipo técnico deberá supervisar su realización. Una vez finalizado el proceso de mediación, el equipo técnico informa al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su cumplimiento (Art. 19.3 LORPM).

⁶⁶ CAPDEVILA CAPDEVILA, M. / FERRER PUIG, M. (Dir.) / BLANCH SERENTILL, M. (Coord.), “La Reincidencia”, cit., pp. 13 ss.

⁶⁷ Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, El proceso de mediación en jóvenes, cit., pp. 1 y ss.

perdón o al menos a considerarlo. En el caso de resultado de reparación del daño causado, el acuerdo no supone meramente una satisfacción moral o psicológica, sino que se trata de asumir el compromiso de realizar determinadas acciones en su beneficio (reparación directa) o en beneficio de la comunidad (reparación indirecta) aunque tal compromiso de reparar a la comunidad ha de adquirirlo con la víctima⁶⁸. La realización efectiva de tales compromisos es fundamental. Como destacan GIMENO VIDAL / NOGUERAS MARTÍN, “*el infractor debe realizar las actuaciones necesarias para reparar el daño causado. El hecho de que sea él mismo quien aporte ideas reparadoras y las lleve a cabo, es un acto de reparación en sí mismo y también es válido para la víctima ya que le da credibilidad y confianza en que los hechos no se repetirán en el futuro*”⁶⁹.

Otro tipo de resultado sería la puesta en práctica efectiva de una actividad educativa, aunque esta fórmula aparece como subsidiaria respecto a la conciliación o a la reparación directa o indirecta. La ley no determina el tipo de actividad educativa. Podría ser alguna de las reglas de conducta del art. 7.1.h, que hace referencia a la realización de tareas socio-educativas encaminadas a desarrollar su competencia social. Un último resultado que puede valorarse como positivo sería la imposibilidad de llevar a cabo el compromiso de conciliación o de reparación en los casos en los cuales resulta inviable llevar a cabo el compromiso asumido con la víctima por causas ajenas a la voluntad del menor. Si el proceso de mediación finaliza sin ninguno de los resultados anteriores, o el menor no cumpliere la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente (art. 19.5).

2.7. Responsabilidad civil y mediación en menores

Como recuerda DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, el art. 62 de la LORPM remite el ejercicio de la responsabilidad civil a lo que dispone el CP en sus arts. 109 a 115. Con lo cual, respecto al contenido económico o de satisfacción de la obligación civil de reparar los daños y perjuicios derivados del hecho punible realizado por un menor rige el mismo

⁶⁸ CAPDEVILA CAPDEVILA, M. / FERRER PUIG, M. (Dir.) / BLANCH SERENTILL, M. (Coord.), “La Reincidencia”, cit., p. 14.

⁶⁹ GIMENO VIDAL, R. / NOGUERAS MARTÍN, A., RES, núm. 15, julio, 2012, p. 7.

sistema de reparación establecido para los delitos cometidos por adultos. Siguiendo este sistema general, de acuerdo con lo establecido en el art. 110 del CP, la responsabilidad civil *ex delicto* comprende tres tipos de prestaciones: la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales⁷⁰.

En el momento en que el Juzgado de menores recibe el parte de incoación del expediente procedente de Fiscalía de Menores, se iniciará ya de forma simultánea la pieza separada de responsabilidad civil (según se dispone en los arts. 16.4 y 64-1 de la LORPM)⁷¹. Deberá contener todos los elementos que puedan guardar relación con la responsabilidad civil⁷²: descripción de los hechos punibles, indicación del menor o menores presuntamente responsables, las víctimas, las personas perjudicadas, etc.

La legitimación activa para ejercitar la acción civil corresponde a la persona o personas que han resultado víctimas o perjudicadas por el hecho punible, aunque, como recuerda DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO también puede ejercitarla el Ministerio Fiscal en su condición de “sustituto procesal” de la persona perjudicada. La legitimación pasiva corresponde a las personas que pueden verse afectadas por la decisión judicial: el menor responsable de los hechos, sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o, de hecho, por este orden y como responsables solidarios. También las entidades aseguradoras cuando corresponda y la Administración Pública en su caso⁷³. Es importante tener en cuenta la existencia de estos responsables solidarios de cara a la puesta en práctica de la mediación respecto a los posibles acuerdos materiales que puedan alcanzarse sobre la responsabilidad civil. En este aspecto, también son protagonistas indirectos de la situación y muchas veces la reparación les puede afectar directamente al tener que asumirla de forma solidaria. Por tanto, su participación en la mediación, en algunos casos y en función de las circunstancias, puede ser positiva. No sería recomendable dejarles fuera si las decisiones que puedan tomarse les afectan directamente, tanto si se trata de personas físicas (padres o tutores) o jurídicas (instituciones de acogida, compañías

⁷⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley*, cit., p. 309.

⁷¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley*, cit., p. 308.

⁷² Puede adjuntarse también copia de la denuncia o atestado.

⁷³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Comentarios a la Ley*, cit., p. 308.

aseguradoras, etc. o la propia Administración Pública en el caso, por ejemplo, de menores que están bajo su tutela legal).

El ejercicio de la acción civil para la obtención, si es pertinente, de una indemnización por daños y perjuicios se realizará al margen del procedimiento principal mediante un proceso que en la exposición de motivos de la propia Ley se califica de singular, rápido y poco formalista. La responsabilidad de los menores, que como hemos visto, puede exigirse de forma solidaria con sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o, de hecho, se establece siempre que se acredite, por dolo o por negligencia grave, un favorecimiento de los padres o tutores en la actuación del menor. De lo contrario, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez. En el propio proceso de mediación el menor y la víctima o perjudicado pueden llegar a acuerdos sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad civil que le corresponde, tanto a la víctima como al perjudicado. Ambos pueden renunciar a su ejercicio, si se consideran satisfechos con la reparación material, cumplida de forma efectiva o incluso con la reparación de carácter moral o psicológico, que significa la conciliación o la petición de disculpas.

Los acuerdos sobre la acción de responsabilidad civil pueden ser de varios tipos. En primer lugar, la renuncia de la víctima al ejercicio de la acción de responsabilidad civil que deberá constar por escrito en los acuerdos. Esta renuncia puede ser a consecuencia de que el menor infractor haya realizado una actuación reparatoria previamente acordada con la víctima o perjudicado, ya sea de tipo material o meramente moral o se haya comprometido a reparar⁷⁴. Posteriormente la víctima o perjudicado deberá ratificar su renuncia ante el Fiscal o el Juez (art. 61.1). En segundo lugar, puede ser que la víctima no renuncie al ejercicio de la acción de responsabilidad civil, sin perjuicio de llegar a acuerdos sobre otros puntos como resultado del proceso de mediación. Es decir, a través de la mediación, pueden llegarse a compromisos de conciliación o incluso de reparación que contemplen que, a pesar de los compromisos de reparación asumidos por el joven infractor, la víctima no renuncia al ejercicio de la acción civil. O, incluso, puede entenderse que de no hacerse constar en el documento de acuerdos la renuncia expresa de

⁷⁴ CAPDEVILA CAPDEVILA, M. / FERRER PUIG, M. (Dir.) / BLANCH SERENTILL, M. (Coord.), “La Reincidencia”, cit., pp. 15 ss.

la víctima o perjudicados a la acción civil, la posibilidad de interponerla queda intacta. Los acuerdos sobre la acción civil y los demás compromisos a los cuales hayan llegado las partes, conseguidos a través del proceso de conciliación-reparación deben acompañarse junto al informe final de la mediación.

2.8. Efectos prácticos de la LORPM

La competencia sobre menores en España está transferida a las Comunidades Autónomas, que ven ampliada su responsabilidad al asumir, también con la LORPM, la competencia sobre los jóvenes mayores de 16 hasta 18 años que antes eran juzgados en base al CP e ingresaban en prisión si se les aplicaba una medida privativa de libertad. Por tanto, la LORPM ha traído consigo un significativo incremento del número de jóvenes que deben ser tutelados al reducir la franja de personas a quienes se aplica el CP, pasando con la LORPM a la jurisdicción de menores.

SERRANO GÓMEZ advirtió desde el inicio que, una ley penal del menor, no debería entrar en vigor sin asegurar previamente la existencia de medios y recursos, tanto personales como materiales adecuados para su buen funcionamiento. Este autor consideraba que, debido al elevado número de jóvenes a los que era previsible la aplicación la Ley, no era suficiente el número de centros existentes, ni tampoco el de plazas para la aplicación de las medidas de internamiento previstas por la Ley. Por ello concluía que, necesariamente, habría que dejar en libertad a menores y a jóvenes merecedores, de acuerdo con la Ley, de ingreso en un centro⁷⁵. Para apoyar este argumento SERRANO GÓMEZ adujo que, según las estadísticas del Ministerio del Interior, durante el año 1999 fueron detenidos por la presunta comisión de algún delito 7.040 menores comprendidos entre catorce y quince años y 14.931 de dieciséis a diecisiete. Lo cual suponía un total de 21.971 menores. Teniendo en cuenta que el total de detenidos durante ese año fue de 205.532, los menores representaban el 10,6 por ciento de la cifra global ⁷⁶.

⁷⁵ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, p. 33.

⁷⁶ Si centramos nuestra atención en Cataluña, no podemos olvidar, además, a los denominados niños de la calle, los llamados ahora “MENA” (Menores No Acompañados) que son instruidos por mafias para delinquir y que se han multiplicado por diez en los últimos años, superando los 500. Según el diario *ABC* (Edición Cataluña) del 30-04-2003, Barcelona era el destino preferido de los niños llegados a Cataluña. Aunque, debido a una mayor presión policial y una actitud más severa de la fiscalía y del *Departament de*

Es evidente que, para dar cumplimiento a las medidas de régimen cerrado en centros especiales para jóvenes que contempla la LORPM deben construirse establecimientos que den respuesta a las finalidades, básicamente educativas, que destaca esta Ley, y reformar adecuadamente los existentes. En Cataluña, las siete instituciones educativas de la Generalitat han observado una ocupación creciente y tienen capacidad para acoger a unos 280 jóvenes⁷⁷. Els Til·lers acoge a menores y jóvenes que necesitan una atención específica por padecer alguna alteración psíquica o dependencia a sustancias tóxicas. L'Alzina, El Segre y Can Llupià están destinados a la ejecución de medidas de internamiento firmes y cautelares en cualquier tipo de régimen. Montilivi, Folch i Torres y Oriol Badía, acogen a menores con medidas de internamiento firmes y cautelares en régimen abierto y semiabierto. Estos centros se complementan con varios pisos asistidos. Las estadísticas del Departament de Justícia reflejan que, según los indicadores acumulados a lo largo del año 2017 cumplieron una medida de internamiento en centro educativo en Cataluña 472 jóvenes y 536 en 2018⁷⁸.

La Administración Pública ha debido afrontar un incremento en la financiación, especialmente, respecto a dos temas: primero el relativo a los seguros para hacer frente a la responsabilidad civil de los menores tutelados por la propia Administración pública. Y segundo por la diferencia entre el coste de mantenimiento de un adulto privado de libertad en una cárcel ordinaria, que se calcula en una cifra aproximada de 65€ al día y el coste que supone un menor en un centro especial adecuado, preparado para ofrecer una atención especializada y programas formativos, que se sitúa en unos 200€. lo cual cautriplifica el coste medio por interno.

Debe destacarse que las medidas de la LORPM que se están aplicando de forma más usual son la reparación, a través del proceso de mediación, y la libertad vigilada. Según las estadísticas del Programa de Mediación penal juvenil del *Departament de Justícia* de

Justícia, se ha conseguido un descenso de la actividad de los menores que dlinquen en el distrito de *Ciutat Vella* de Barcelona, y parece ser que algunos de estos menores se han desplazado a otras ciudades.

⁷⁷ Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, Información sobre los centros educativos de régimen cerrado de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia (en línea: www.gencat.net/justicia/justicia/juvenil/centres/http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/justicia_juvenil/ambits_d_actuacio/internament/).

⁷⁸ Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, Estadísticas sobre el número de jóvenes que cumplieron una medida en régimen cerrado del Departamento de Justicia (en línea: http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/justicia_juvenil/).

Cataluña⁷⁹ relativas al año 2002 (a dos años escasos de entrar en vigor la LORPM), se realizaron mediaciones en 1.918 delitos, de los cuales 416 fueron contra las personas, 1.239 contra la propiedad y 264 otro tipo de faltas y delitos menores. Estas actuaciones de mediación se llevaron a cabo con 1.471 infractores varones que representaban el 87.77% del total y 205 mujeres 12.23% sobre el total. Respecto a la edad, 840 infractores tenían entre 14 y 16 años, lo que supone el 50.01% del total, 668 entre 17 y 18 años, esto es, el 39.86% del total, y 158 entre 18 y 21 que supone el 9.43%.

Situándonos en las estadísticas del Programa de Mediación en 2010, para analizar su evolución temporal, se llevaron a cabo 2.185 mediaciones con infractores jóvenes. 1.541 en 2014 incrementándose a 1.581 en el año 2015, 1.563 en 2016 y 1.551 en el año 2017⁸⁰. Esta variabilidad y el descenso respecto a 2010 cabe relacionarlo, hipotéticamente, con la disminución de la tasa de natalidad, ya que se observa una tónica similar en los demás programas de justicia juvenil. En cuanto al tipo de delitos que pasaron por mediación en 2015, son similares a las estadísticas de 2002, el 51,9% fueron delitos contra el patrimonio, 22,1% lesiones, 9,6% contra la seguridad colectiva y 5,5% contra la libertad. En 2015 la media de edad de los infractores fue de 16,7 años, siendo, en todo caso 16 años, con escasa fluctuación, en los seis años anteriores y cuatro veces más varones que mujeres (197 hombres frente a 52 mujeres)⁸¹.

Según los datos de 2019, 1.691 jóvenes infractores participaron en un programa de mediación. De las mediaciones finalizadas se alcanzó un resultado positivo en el 81,7 % de los casos. La edad media de los jóvenes infractores se situó en 16,5 años. De los casos abiertos en el último día del año 2019, el 83,7 % de los jóvenes infractores eran varones y el 16,2 % mujeres. El tipo de delito más usual por el que eran acusados los jóvenes que participaron en la mediación fueron los delitos contra el patrimonio en un 34,6%, seguido

⁷⁹ MARTIN BARBERÁN, J., “Mediación víctima ofensor”, Trabajo de investigación realizado para *Grotius II Criminal Programme 2002-03* de la Comisión Europea, cit., *passim*.

⁸⁰ Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Estadísticas del Programa de Mediación Penal Juvenil del Departamento de Justicia (en línea: http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/justicia_juvenil/).

⁸¹ Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Estadísticas del Programa de Mediación Penal Juvenil del Departamento de Justicia, cit., p. 1 y ss.

de lesiones en un 31,5% y contra la libertad en un 11,1⁸². En general vemos que las cifras estadísticas de los últimos años son bastante similares con cambios poco significativos.

Este tipo de programas deben tener un contenido educativo y pedagógico. Desde el punto de vista de los mediadores, se persigue el objetivo de apoyar al joven en su proceso de maduración con el fin de que entienda la realidad que le rodea y sea capaz de desenvolverse bien en la sociedad donde vive, adecuando su comportamiento a esa realidad cultural, social y jurídica. Debe ayudarse al joven a que se responsabilice de sus actos y se haga consciente de las consecuencias que estos pueden provocar, tanto para sí mismo como respecto a los demás. Los menores que llegan a la justicia después de haber cometido un delito generalmente no son plenamente conscientes de sus acciones. En ocasiones, como asegura FUNES ARTIAGA, incluso la posición de los padres puede minimizar la importancia de lo sucedido e inducir a la no responsabilización del joven sobre su conducta. Saben que han hecho alguna cosa que está mal, pero no sitúan su actuación claramente en relación con el otro, con la persona que ha sufrido el daño. Para poder reparar tienen que tomar conciencia de lo realmente ocurrido, ponerse en el lugar de la víctima, ver los hechos desde la otra perspectiva, responsabilizarse de sus acciones y ser capaces de ofrecer algún elemento positivo con respecto a la parte perjudicada, para que esta pueda sentirse satisfecha, o al menos compensada por el daño sufrido⁸³. Es fundamental ofrecer al menor un marco que le permita llevar a cabo este proceso de introspección personal, este marco o espacio de encuentro y reflexión, es el que le hace posible la mediación.

Tal como decíamos anteriormente, la víctima es una parte importante en el programa. A diferencia de los menores infractores, no es un grupo homogéneo. El único punto que tienen en común es haber sufrido las consecuencias de un delito. Podemos encontrar cualquier persona física (adulto, joven o niño) sola o en grupo, negocio familiar, grandes almacenes, empresas (públicas o privadas), transportes públicos, escuelas, entidades sin ánimo de lucro o colectivos de vecinos, entre otros. Es importante señalar que en muchas

⁸² Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Estadísticas del Programa de Mediación Penal Juvenil del Departamento de Justicia, cit. p. 1 y ss.

⁸³ FUNES ARTIAGA, J., *Mediación y Justicia*, cit., p. 201.

ocasiones existe un vínculo entre la víctima y el menor infractor. Pueden ser personas conocidas entre sí, del mismo barrio, de la misma escuela, socios de la misma entidad, compartir escalera de vecinos. Muchas víctimas tienen la misma edad que el autor.

Es normal que los menores infractores cometan los hechos delictivos (daños, hurtos, robos) en lugares conocidos por ellos y con los cuales mantienen una cierta vinculación: en su escuela o en la del barrio donde viven, en la entidad deportiva o centro de jóvenes donde asisten normalmente o que afecten al mobiliario urbano de su barrio o ciudad. Es precisamente en estos casos cuando más conveniente y útil es el programa, ya que más allá del hecho delictivo puntual, existe un vínculo relacional entre las partes o un espacio común a compartir que hace necesario encontrar una solución que permita una relación futura pacífica y sin reincidencia en los hechos. Es decir, una respuesta cuyo objetivo no sea únicamente castigar, sino que persiga, especialmente, mejorar la convivencia en el entorno, prevenir y evitar nuevos conflictos.

La experiencia demuestra que las personas que han sido víctimas de un delito sienten miedos, ansiedades, indignación y otros sentimientos y emociones dolorosas. Participar en un programa de mediación puede contribuir a reducir, aliviar o hasta superar algunos de estos daños, reduciendo así la victimización. En la mediación, la víctima dispone de un espacio en el que se siente escuchada, en el que puede plantear sus temores, exponer el daño sufrido y expresar sus demandas. Como destacan GIMENO / NOGUERAS en este espacio, la víctima puede racionalizar los sucesos para superar el trauma sufrido y encontrar el camino para reorganizar con tranquilidad su vida⁸⁴. La reparación del daño significa para ella poder dejar en el pasado una experiencia negativa de forma comprendida, asumida y superada. Para la integración de la víctima en el programa es necesario también captar su interés y voluntad de participación. Ha de tener claro que le puede aportar algún beneficio que le permita mejorar su situación, a la vez que se compromete a respetar las reglas de juego marcadas por el mediador. En ningún caso puede sentirse obligada a intervenir, ni siquiera para ayudar al menor, si con ello no obtiene ningún beneficio emocional ni satisface ningún interés personal o social que para ella pueda ser importante. Como hemos visto, la justicia de menores dispone de otros

⁸⁴ GIMENO VIDAL, R. / NOGUERAS, MARTÍN A., RES, núm. 15, julio, 2012, p. 7.

mecanismos que permiten rescatar los elementos positivos del menor sin tener que forzar la participación de la víctima.

3. LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENAL DE ADULTOS: TEXTO Y CONTEXTO

3.1. Introducción

Para introducirnos en la mediación en el ámbito penal de adultos en España son básicas dos referencias. La primera a la legislación europea, algunas de cuyas normas tienen carácter vinculante para nuestro propio sistema jurídico. Y la segunda a las distintas experiencias prácticas de aplicación en España de la mediación en este ámbito. Especial mención merece al respecto, el “Programa de mediación y reparación en el ámbito penal” que depende actualmente de la Dirección General de Ejecución Penal en la Comunidad y de Justicia Juvenil del *Departament de Justícia* de la Generalitat de Catalunya. Este programa, iniciado en 1998, fue uno de los primeros de España y sigue plenamente activo, acumulando una experiencia de miles de casos en sus más de veintidós años de existencia. Por otra parte, la referencia internacional dibuja un marco europeo totalmente favorable e impulsor de la JR que, en mayor o menor medida, orienta y redefine hacia parámetros similares las políticas penales de los distintos Estados europeos miembros del Consejo de Europa y de la UE.

Más allá de la normativa europea, en el plano internacional, mencionar la Resolución 2002/12 sobre Principios Básicos para la aplicación de Principios de Justicia Restaurativa en Materia Penal aprobada por el ECOSOC en abril de 2002, impulsada por el décimo Congreso de Naciones Unidas de prevención del crimen y justicia penal. Como destacan VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ esta norma valora favorablemente la JR⁸⁵ a la que concibe como “*una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas y que favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades*”.

⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M, *Introducción a la victimología*, cit., p. 203.

Volviendo al plano, digamos, doméstico, la referencia al Programa de Mediación y Reparación en la Jurisdicción Penal del *Departament de Justícia* supone un merecido reconocimiento a una experiencia pionera, innovadora en España, y que ha venido demostrando, a través de su continuidad en el tiempo y de sus buenos resultados, que la práctica de la mediación no solo es posible, sino que además aporta significativas ventajas para todas las partes implicadas en un delito, tanto en el ámbito de menores como en adultos. Por ello, como señalan AYORA MASCARELL / CASADO CORONAS uno de los objetivos estratégicos de dicho *Departament de Justícia* es impulsar nuevos sistemas de resolución de conflictos, entre los que está la mediación y otras fórmulas de JR⁸⁶. Es preciso mencionar también otros proyectos pioneros llevados a cabo por distintas Oficinas de Atención a la Víctima, que se desarrollaron en Bilbao o en Las Palmas de Gran Canaria y entre los que destaca el proyecto de mediación penal en adultos iniciado en Valencia por la Oficina de asistencia a la Víctima en el año 1985 y finalizado en 1996⁸⁷.

Cabe destacar entre los proyectos pioneros, el modelo vasco de mediación y Justicia Restaurativa que implantó la Dirección de Justicia del Gobierno vasco a finales de 2007 en los partidos judiciales de Barakaldo y Vitoria-Gasteiz. En 2011 se firmó un convenio que supuso la ampliación del Servicio a todos los partidos judiciales de Euskadi. En 2013 se modificó dicho Convenio para que la prestación del servicio tuviera una mayor homogeneidad, adjudicando a una única entidad la gestión del Servicio de mediación Intrajudicial de Euskadi (SMI), siguiendo por tanto el modelo de servicio público universal y gratuito externalizado o de gestión mixta pública-privada (ya que la gestión se lleva a cabo por una entidad privada)⁸⁸. Por otra parte, se trata de un programa claramente colaborativo con el sistema judicial, ya que el Servicio interviene solo en los casos de derivación judicial y con el acuerdo de la Fiscalía.

⁸⁶ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos”, cit., p. 5.

⁸⁷ GUIMERÀ GALIANA, A., La Mediación-Reparación en el Derecho Penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña, REIC, vol. núm. 3, Barcelona, 2005, pp. 1-22.

⁸⁸ MORENO ÁLVAREZ, R., “El modelo Vasco de Mediación Intrajudicial y Justicia Restaurativa”, en ARGUDO PÉREZ, J.L. (Dir.) / JÚLVEZ LEÓN, M.A. / GONZÁLEZ CAMPO, F. DE A. (Coords.), *Mediación y Tutela Judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI*, Reus, Madrid, 2019, pp. 124 s.

MORENO ÁLVAREZ, responsable del Servicio de Justicia de Adultos, explica que, siguiendo los datos de la memoria de mediación penal del CGPJ, Euskadi realiza aproximadamente el 60 % de todas las mediaciones que se llevan a cabo en España, cuando no llega al 5 % de la población total del Estado⁸⁹. Es interesante también la comparación entre medios humanos y recursos presupuestarios que aporta este mismo autor. El sistema judicial en Euskadi cuenta con más de 2000 empleados públicos y 500 jueces, fiscales y letrados de la administración de justicia. El equipo de mediación tiene 14 mediadores y tres administrativos que están presentes en todos los partidos judiciales del País Vasco. Mientras el sistema judicial en Euskadi supera el coste aproximado de 160 millones de euros, el Servicio de Mediación intrajudicial tiene un coste aproximado de unos 700.000 euros al año. Aunque cuenta con un sistema de mediación con una reconocida trayectoria, los asuntos que llegan a mediación penal no alcanzan ni el uno por ciento del total de los casos penales de Euskadi. A pesar de ello, registra un nivel de casos penales que es similar a países con una población y una regulación legal parecidas⁹⁰.

Nuestro Estado es soberano y, como tal, tiene facultad legislativa propia que, además puede considerarse en materia penal, como única para todo el territorio estatal. Pero España, como miembro del Consejo de Europa y de la UE, recibe unas directrices procedentes de estos organismos, ya sea en forma de Recomendación con fuerza más orientativa que propiamente de constricción legislativa, aunque no por ello carente de autoridad. O en forma de normativa vinculante, como serían las distintas Directivas y las Decisiones marco. Por ello es necesario distinguir los dos niveles normativos: europeo y estatal que inciden en la regulación de un mismo espacio y que se analizarán en los siguientes epígrafes.

3.2. Normativa europea: recomendaciones del Consejo y directivas comunitarias

El Consejo de Europa ha emitido diversas resoluciones que, en base a las múltiples ventajas que aporta la mediación y la reparación, instan a los Estados miembros a

⁸⁹ MORENO ÁLVAREZ, R., en ARGUDO PÉRIZ, J.L. (Dir.) / JÚLVEZ LEÓN, M.A. / GONZÁLEZ CAMPO, F. DE A. (Coords.), *Mediación y Tutela Judicial efectiva*, cit., pp. 121 s.

⁹⁰ MORENO ÁLVAREZ, R., en ARGUDO PÉRIZ, J.L. (Dir.) / JÚLVEZ LEÓN, M.A. / GONZÁLEZ CAMPO, F. DE A. (Coords.), *Mediación y Tutela Judicial efectiva*, cit., p. 122.

incorporar estas instituciones en sus respectivos ordenamientos. También se insiste en el necesario reconocimiento de un mayor protagonismo de los ciudadanos en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales en los que se ven envueltos⁹¹. Estas recomendaciones no tienen fuerza jurídica vinculante -en este sentido son consideradas “*soft law*”-, aunque gozan de una destacada autoridad y fijan unos criterios que pueden ser estimados como principios generales y pautas a seguir por los Estados miembros.

Entre estas Recomendaciones, relativas a la JR y a la mediación en el ámbito penal, destacan especialmente y por orden temporal, en primer lugar, la Recomendación R (83)7, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima como una forma de sustituir la pena privativa de libertad. En segundo lugar, la Recomendación número R (85)11, referente a la posición de la víctima en el marco del proceso y dentro del Derecho penal. Esta Recomendación incide en que los gobiernos revisen la legislación y las prácticas teniendo presente que las decisiones judiciales han de tomar en consideración la reparación del daño que ha padecido la víctima y todo el esfuerzo realizado por el autor del delito en ese sentido. Y, por último, la Recomendación R (87)18 en la que se aborda la necesaria simplificación de la justicia penal y se aconseja a los gobiernos de los estados miembros potenciar la aplicación de los principios de descriminalización y de intervención mínima. Igualmente, se les insta a facilitar la simplificación de los asuntos menores, evitando, siempre que sea posible, la intervención judicial en primer término. Especialmente en estos asuntos de gravedad menor se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima, soslayando la acción penal si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

Mención aparte merece la Recomendación R (99)19 que contempla plenamente la mediación en el ámbito penal y supuso un definitivo impulso para su introducción en los distintos sistemas penales europeos y un refuerzo con autoridad argumental para brindar

⁹¹ VALL RIUS, A/ VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GULLAMAT RUBIO, A. / MARTINEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

cobertura a los programas de países sin regulación formal como España.⁹² Esta Recomendación establece, además, importantes directrices. Insta a los Estados miembros a favorecer el recurso a la mediación penal como una opción flexible basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, pudiendo ser entendida como un complemento o una alternativa al procedimiento penal tradicional. En su preámbulo, se valora la necesidad de permitir una participación personal activa en el procedimiento penal de la víctima, del victimario y de todas las personas implicadas como partes, así como también de la propia comunidad. En el mismo preámbulo, se enfatiza el interés legítimo que puedan tener las víctimas por expresar las consecuencias de su victimización, para hacer oír su voz y comunicarse con el victimario para obtener una explicación y facilitar la reparación.

Resalta la importancia de reforzar el sentido de la responsabilidad del victimario y de darle la oportunidad de rectificar. Se considera también fundamental facilitar su reinserción y rehabilitación. Finalmente reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de los conflictos y a una justicia penal con resultados más constructivos. Como principios generales, en su art. 3 establece que la mediación en el ámbito penal debería ser un servicio generalmente disponible y en el 4 que debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal. Propone que la mediación solo debe llevarse a cabo con el libre consentimiento de las partes, tanto para iniciarla como para dejarla en cualquier momento del proceso, en clara alusión a su voluntariedad en todo caso y en todo momento. Otro criterio importante es el relativo a la confidencialidad como característica básica y su no utilización como prueba de culpabilidad en los procedimientos penales. Por otra parte, establece criterios de derivación y de funcionamiento de los servicios, los cuales considera deberían gozar de autonomía suficiente. Respecto al mediador define unas líneas básicas de formación, destacando su rol y sus funciones a lo largo de todo el proceso de mediación. De ahí que en la mencionada recomendación se encomiende a los gobiernos de los respectivos Estados miembros que se inspiren en estos principios para

⁹² DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia Restaurativa en Europa, con especial atención a España. Ámbito legal Europeo e Internacional”, Ponencia impartida en el “Congreso Internacional de Ciencia penal y Justicia Penal Restaurativa”, Guayaquil, Ecuador, 2011 (en línea: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ContextoTeoricopracticoDeLaJusticiaRestaurativaEnE-4063084%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ContextoTeoricopracticoDeLaJusticiaRestaurativaEnE-4063084%20(1).pdf)), p. 1.

hacerlos efectivos y poner en marcha la mediación, de forma progresiva, en su legislación y prácticas internas, dando a este texto la más amplia difusión posible⁹³.

No quisiera concluir el presente repaso sin realizar una última alusión a la Recomendación “CM / Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre JR en materia penal” adoptada por el Comité de Ministros el 3 de octubre de 2018, de la que quisiera destacar los siguientes aspectos: se reconoce los potenciales beneficios de la JR aplicada a los sistemas de justicia penal; se observa el desarrollo del uso en los distintos Estados miembros de la JR como una respuesta flexible, responsabilizadora y participativa que puede complementar el procedimiento de la justicia penal tradicional, o bien ser utilizado como una alternativa al mismo; se defiende la necesidad de potenciar la participación de las partes interesadas, incluida la víctima, el ofensor, otras personas afectadas y la propia comunidad para abordar y reparar el daño causado por el delito; se valora la JR como un método mediante el que las necesidades y los intereses de las partes pueden ser identificados y satisfechos de una forma justa, equilibrada y colaborativa; se reconoce el legítimo interés de las víctimas a tener una voz más potente en la respuesta a su victimización; finalmente, se estima la importancia de alentar el sentido de responsabilidad de los ofensores, ofreciéndoles la oportunidad de compensar el daño causado, facilitando su reintegración en la sociedad. En base a estas consideraciones y otras, define como objetivo de la Recomendación alentar a los Estados miembros a desarrollar y utilizar la JR en sus sistemas de justicia penal, y promover estándares para el uso de la JR en el contexto del procedimiento penal, salvaguardando los derechos de los participantes y maximizando la efectividad del proceso para satisfacer las necesidades de los participantes. También se hace hincapié en impulsar el desarrollo de enfoques restaurativos innovadores que pueden quedar fuera del procedimiento penal por parte de las autoridades judiciales y de las agencias de justicia penal y JR⁹⁴.

⁹³ Texto de la Recomendación R (99)19 (en línea: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168062e02b).

⁹⁴ “CM / Rec (2018) 8 of the Committee of Ministers to member States concerning restorative justice in criminal matters” (en línea: <https://rm.coe.int/cm-rec-2018-8-concerning-restorative-justice-in-criminal-matters-03-10/16808e3b08>).

La normativa emanada de la UE, a diferencia de las Recomendaciones del Consejo de Europa, sí tiene fuerza vinculante y, por tanto, el contenido de sus disposiciones debe ser aplicado por los gobiernos de los distintos Estados miembros. Con relación a la mediación en el ámbito penal, cabe destacar la trascendente Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001, relativa al “Estatuto de la víctima en el proceso penal”⁹⁵ reconocido como un hito en el proceso de implementación de la JR en Europa⁹⁶. En las consideraciones previas de esta Decisión Marco se establece que, de acuerdo con el plan de acción del Consejo y de la Comisión, esta Decisión se orienta a buscar la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, referentes a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En la Decisión se establece un marco normativo de actuaciones a desarrollar a nivel de la UE con el objetivo de que los Estados miembros incorporen estas directrices a sus respectivas legislaciones. Se concretan normas referentes a los derechos y a las garantías de las víctimas que tratan temas como asistencia, protección, indemnización, mediación, cooperación entre los Estados miembros, servicios especializados... Se hace referencia explícita a la mediación en el ámbito penal en distintos apartados, utilizando términos muy concretos y directos. El artículo 1 puntualiza diferentes conceptos y precisamente en su apartado e) se define la mediación en causas penales como “*la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la cual media una persona competente*”. Se regula la mediación en dicho ámbito en los siguientes términos: 1. “*Los Estados miembros procuraran impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que, según su consideración, se presten a este tipo de medida.* 2. *Los Estados miembros velaran para que pueda ser tenido en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya obtenido con ocasión de la mediación en las causas penales*” (art. 10)⁹⁷. En el artículo 17 se prevé la implementación de lo dispuesto en la Decisión marco y se fija un límite temporal para su cumplimiento efectivo: “*Los Estados*

⁹⁵ Texto de la Decisión Marco (2001/220/JAI) (en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>).

⁹⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., pp. 1 ss.

⁹⁷ Respecto al contenido del artículo 10, que regula la mediación en el marco del proceso penal, según el límite temporal fijado por el artículo 17, la aplicación debía hacerse efectiva como máximo, el 22 de marzo de 2006.

*miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión Marco*⁹⁸.

Algunos autores, como TAMARIT SUMALLA señalan la escasa concreción del art. 10. Sin embargo, con ello posiblemente se pretendía facilitar que cada Estado adoptase el criterio que considerase conveniente en el momento de determinar del tipo de infracciones en las que fuese aplicable la mediación⁹⁹. A pesar de su inconcreción, esta norma contenía un mandato con una fecha límite para su puesta en práctica. Finalmente, España, respecto a la legislación penal de adultos, no se adecuó al mandato de esta norma que fue derogada y sustituida por 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”. En el considerando 46 de esta Directiva, se contempla los servicios de JR entre los que incluye la mediación, las conferencias de grupos de familia y los círculos de sentencia, resaltando que pueden ser de gran ayuda para las víctimas, aunque ofreciendo garantías que eviten la victimización secundaria y dando prioridad a la satisfacción de los intereses y necesidades de la víctima. Por su parte, en el art. 12 se refuerza el derecho a las garantías que debe tener toda víctima que participe en programas de JR¹⁰⁰. En la Directiva se hace referencia a los servicios de JR, no como un desiderátum que deba ponerse en práctica, sino como una forma de atender a la víctima que ya existe, que está implantada y que se integra en el catálogo de servicios que deben ofrecer los distintos países miembros de la UE a sus ciudadanos. Con ello les da carta de naturaleza y además amplía sus posibilidades, mencionando textualmente otros métodos más allá de la mediación, como las conferencias de familia o los círculos.

⁹⁸ Council Framework Decisión of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA).

⁹⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) / GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ALTAVA LAVALL, M.G., *Justicia penal de menores y jóvenes, análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 53.

¹⁰⁰ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (en línea: <https://www.boe.es/boe/2012/315/L00057-00073.pdf>).

3.3. Normativa estatal: principio de oportunidad, reparación y la mediación como requisito de la suspensión

En el epígrafe anterior destacamos el papel de la normativa europea en el reconocimiento e impulso de la JR y de su principal instrumento, la mediación. Tanto las distintas Recomendaciones como la Decisión Marco o la Directiva de 2012 fueron muy útiles para brindar una cierta cobertura o legitimación a las primeras experiencias prácticas, cuando en España todavía ninguna norma interna mencionaba la posibilidad de aplicar la mediación ni ningún otro método restaurativo en el ámbito penal de adultos.

A pesar de ello, sí aparecieron algunos instrumentos de flexibilización entre los que puede incluirse la reparación introducida en España por el CP de 1995 como factor generador de distintas consecuencias jurídicas que podían moderar la aplicación de la pena asignada al infractor que reparase a la víctima o que llevase a cabo algún tipo de acción que pudiera considerarse de contenido reparatorio¹⁰¹. Por ello, desde la entrada en vigor del CP de 1995, la mediación, aunque no fuese mencionada expresamente, podía considerarse como un instrumento facilitador de consenso, articulado para acordar la compensación del daño causado a la víctima, adquiriendo así un papel vinculado a la reparación.

De hecho, como expondré a continuación, no se produce ningún reconocimiento en un texto legal sancionatorio hasta la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuyo art. 44.5 se prohíbe justamente la mediación en las materias que regula. Finalmente, la LO 1/2015 de reforma del CP introduce en su art. 84.1 la mediación y la contempla como una de las medidas posibles a cuyo cumplimiento se condiciona la suspensión de la pena privativa de libertad de hasta dos años. Aunque se trata, en puridad, de una mera mención literal sin adentrarse en ninguna concreción regulatoria en la citada institución. Por su parte, en la LO 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito se contemplan los Servicios de Justicia Restaurativa, dando así un

¹⁰¹ Como puso de manifiesto MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 640, el Derecho español se sumó así a las legislaciones que admitían que la reparación tuviera efectos limitadores de la pena y que el Derecho penal pudiera utilizarse para estimular la satisfacción del daño causado a la víctima.

nuevo paso adelante en esta lenta pero progresiva implantación de la mediación y la JR en el sistema penal de adultos en nuestro país.

3.4. El principio de oportunidad *versus* el principio de legalidad en el Derecho penal de adultos.

Como vimos en la jurisdicción penal de menores el principio de oportunidad tiene una destacada trascendencia, permitiendo al Fiscal desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación (art. 18 de la LORPM). No obstante, en adultos prevalece el principio de legalidad estricta que obliga al Fiscal a actuar de oficio y perseguir siempre los hechos delictivos con escasas excepciones. Si bien, tras la reforma del CP efectuada por la LO 1/2015, se ha introducido, timidamente, el principio de oportunidad reglada como excepción en los casos de delitos leves (públicos o semi-públicos) de escasa trascendencia. Según la LO 1/2015 y la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves después de la reforma penal operada por la LO 1/2015, cuando el Fiscal tenga conocimiento de estas situaciones como órgano público de la acusación, puede hacer uso de su potestad de solicitar el archivo a la vista de la escasa trascendencia de los hechos y determinar si, finalmente, se sigue adelante con la causa o se archiva por motivos de oportunidad ¹⁰². Como destaca SOLETO MUÑOZ, frente a quienes entienden que la JR puede suponer una vulneración al principio de legalidad imperante en el proceso penal, su inserción en nuestro Derecho penal demuestra lo contrario, ya que se practica dentro del marco jurídico, “*atemperado por las manifestaciones legales existentes del principio de oportunidad*”¹⁰³.

¹⁰² Circular FGE 1/2015, pp. 17 ss.

¹⁰³ SOLETO MUÑOZ, H., “La Justicia Restitutiva, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (Dir.) / SOLETO MUÑOZ, H. / VARONA MARTÍNEZ, G. / PORRES GARCÍA, I. (Eds.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 267 y 268. Esta autora señala la existencia de “*mecanismos de flexibilización del proceso penal que permiten el uso de instrumentos restaurativos que pueden tener resonancia en el proceso*”, incluso aunque no se regule de forma expresa ningún método de JR.

Si nos centramos en el momento en que la víctima y el ofensor pueden abordar y gestionar la situación y los problemas resultantes de la infracción penal, podemos diferenciar tres tipos de mediación. En primer lugar, la *preprocesal* que se lleva a cabo antes de iniciar el proceso penal, momento en que es muy conveniente su aplicación para evitar el inicio de la vía penal y las consecuencias personales y sociales que conlleva. En segundo lugar, la llamada mediación *procesal* que se realiza una vez abierto y pendiente el proceso penal y que puede producirse en la fase de investigación (en Instrucción), en el juicio oral y en los recursos que puedan presentarse. Y, por último, la mediación penitenciaria que puede tener lugar para abordar tanto los conflictos interpersonales que puedan surgir durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad como para gestionar con la víctima las consecuencias del delito que motivó dicha pena¹⁰⁴.

Si situándonos en la mencionada fase *preprocesal*, se ofreciese la posibilidad de la mediación antes de interponer la denuncia en pequeños conflictos, la mayoría vinculados a discrepancias en la convivencia ciudadana, se evitaría que miles de casos llegasen a los Juzgados. En estas situaciones sería mucho más eficaz una gestión mediadora que facilitase un espacio para exponer y contrastar puntos de vista, buscando respuestas comunes a intereses y necesidades que una resolución judicial que posiblemente no va a acabar con el conflicto que dio lugar a la denuncia y a la apertura del expediente judicial.

En esta línea de evitar la saturación judicial por los considerados “*conflictos bagatela*” en los casos en que el sistema judicial se moviliza únicamente a instancia de parte (no de oficio) una mediación puede facilitar un acuerdo, por el cual el afectado se considere compensado y no llegue a interponer la denuncia evitando así la vía judicial.

Incluso una vez interpuesta la denuncia, en estos supuestos perseguibles solo a instancia de parte, el acuerdo entre denunciante y denunciado puede promover la retirada de la denuncia y el archivo judicial. Según el art. 130.5 CP la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español”, RPM, núm. 7, septiembre 2014- febrero 2015, p. 184.

agraviado o la ley así lo prevea. El perdón del ofendido habrá de ser otorgado de forma expresa antes de dictar sentencia y el Juez deberá oír al ofendido previamente. En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando que continúe el procedimiento, con intervención del Fiscal, o el cumplimiento de la condena¹⁰⁵.

En este tipo de delitos leves, un proceso de mediación entre el agraviado y el ofensor puede propiciar una reparación, moral y/o material del ofendido y un acuerdo que ponga de manifiesto la satisfacción del ofendido y facilite la extinción de la responsabilidad penal. Se trata de casos de poca gravedad y que en muchas ocasiones surgen entre personas que comparten un mismo entorno (familiares, vecinos). Una mediación entre ellos puede facilitar una superación, no meramente jurídica, sino real del conflicto y propiciar así una mejora efectiva de la relación y una pacificación de la convivencia entre ellos que, además, sea beneficiosa para su entorno familiar y social y evite nuevas situaciones conflictivas y la reiteración de actuaciones delictivas.

Por otra parte, como exponen AYORA MASCARELL / CASADO CORONAS, la institución de la conformidad regulada en la LECrim¹⁰⁶ supone otra oportunidad para el reconocimiento judicial del resultado positivo de la mediación. Esta institución facilita un cierto margen para que el abogado del ofensor y el Fiscal consensúen la pena a imponer o un cambio en el tipo penal, avalados por el acuerdo de reparación obtenido a través de la mediación¹⁰⁷. El artículo 787 LECrim permite una sentencia de conformidad con el escrito de acusación o el escrito que se presente en el acto. El problema, es que en la mayoría de estos casos se suele llevar a cabo una negociación entre el abogado del infractor y el Fiscal, en la que a veces participa el infractor, pero se deja al margen a la víctima que no tiene la oportunidad de ser escuchada ni de defender directamente sus necesidades reparatorias. A través de la mediación, la víctima tiene la oportunidad de participar y recuperar un protagonismo activo a través del acuerdo de mediación¹⁰⁸ que se convierte en la base de

¹⁰⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 798.

¹⁰⁶ Ver regulación de los arts. 655, 688-2 al 700, 784-3, 787 y 801 de la LECrim.

¹⁰⁷ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña”, cit., p. 13

¹⁰⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., pp. 73 ss.

la sentencia de conformidad, con lo cual la víctima también se sentirá partícipe y reconocida en sus necesidades concretas, en la propia sentencia y en sus efectos.

3.5. Las atenuantes genérica y específicas de reparación del daño

En los casos en que ya se ha interpuesto la denuncia y se ha iniciado la instrucción, una mediación finalizada con un acuerdo de reparación hecho efectivo a favor de la víctima puede dar lugar a la aplicación de dos tipos de atenuantes. La genérica, recogida en el art. 21.5 del Libro I del CP y las atenuantes específicas del Libro II del CP relativo a los delitos y sus penas, aplicables a tipos delictivos concretos. Las atenuantes genéricas pueden aplicarse en principio a “*cualquier hecho delictivo, salvo que sean implícitas al mismo*”¹⁰⁹ cuando se haya producido la reparación en beneficio de la víctima, lo que permite una amplia aplicación de esta atenuante para la que no se han establecido limitaciones previas. Las atenuantes específicas, en cambio, se aplican exclusivamente a supuestos concretos previamente tipificados en el Libro II del CP.

Las circunstancias atenuantes del artículo 21-5 CP se inspiran según QUINTERO OLIVARES “*en dimensiones personales o aspectos del hecho enjuiciado que los tribunales deben tomar en consideración en orden a modular la pena a imponer*”. La reparación en concreto es una atenuante relativamente nueva, que sigue los criterios defendidos por la moderna política criminal, sin olvidar que esta atenuante parte de los efectos de la reparación propuestos por la doctrina y que la reparación también es trascendente en otros apartados del CP¹¹⁰. En concreto el punto 5º del art. 21 establece: “*Haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*”. Como señala SÁNCHEZ-ALBORNOZ, esta disposición permite atenuar la pena, cuando el culpable repare el daño ocasionado a la víctima o disminuya sus efectos, en cualquier momento del proceso, fijando el límite temporal del juicio oral. En palabras de SÁNCHEZ ALBORNOZ, “*este precepto tiene una indudable operatividad en el campo de la mediación penal, pues su amplia formulación no exige que la reparación sea únicamente de*

¹⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed, cit., *passim*.

¹¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed, cit., *passim*.

*contenido económico, caben reparaciones morales o de cualquier otra índole. En definitiva, se trata de que la víctima se sienta menos víctima*¹¹¹.

QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT consideran que se dota de una especial eficacia a la reparación, siguiendo los criterios defendidos por la moderna política criminal, aún cuando esta atenuación no es sino parte de los efectos que la doctrina propone para la reparación, o incluso los efectos aceptados por el propio CP, pues esa reparación también es trascendente para acceder a los beneficios de la sustitución de la pena¹¹². La formulación textual “*disminuir sus efectos*” abre un amplio abanico de posibilidades respecto al tipo de reparación que puede conjugarse en el espacio de mediación y que no ha de ser forzosamente total para tenerse en consideración, sino que cabe la reparación parcial o cualquier otro tipo de actividad que la víctima valore como tal y pueda entenderse que contribuye a paliar los efectos causados por el delito. Respecto a la naturaleza de la atenuante de reparación, diversos autores entienden que, al tratarse de una circunstancia que opera con posterioridad al delito, no podemos ver en ella un caso de disminución de la culpabilidad, sino que su sentido debe buscarse en razones de política criminal, por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable y la actuación reparadora a favor de la víctima¹¹³. Por su parte LUZÓN CUESTA, entiende también que en el concepto de reparación del daño del art. 21.5 CP puede incluirse la reparación del daño moral¹¹⁴. Este mismo autor destaca que, respecto a si es o no necesario que se alcance efectivamente la reparación o disminución, en principio, “*tanto la doctrina como la jurisprudencia se manifiestan en sentido negativo, si bien CÓRDOBA puntualiza que debe exigirse un ánimo de reparar todo el daño posible*”. LUZÓN CUESTA destaca de esta atenuante, su aplicabilidad también en los delitos de imprudencia¹¹⁵.

¹¹¹ SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., “Sesión de trabajo sobre la mediación penal”, CGPJ y CEJFE, Barcelona, 2000, p. 15.

¹¹² QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, M.J., *Manual de Derecho penal*, 2ª ed., cit., p. 735.

¹¹³ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 486.

¹¹⁴ LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal*, cit., p. 161.

¹¹⁵ LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal*, cit., pp. 161 ss.

Por su parte, TAMARIT SUMALLA, considera que el art. 21.5 CP tiene un presupuesto doble: reparar el daño causado a la víctima o disminuir sus efectos. En cuanto al primer elemento, la idea de reparación debe ser interpretada en un sentido amplio, en base al art. 112 CP¹¹⁶. Entiende dicho autor que esta disposición adopta un criterio estricto al referirse a la conducta del victimario y a la existencia de una víctima y sugiere que no basta simplemente haber satisfecho la responsabilidad civil y que no incluye los supuestos de prestaciones realizadas por terceros, aunque en la práctica esto sea difícilmente controlable. Este mismo autor admite como válidas las formas no materiales de reparación que sean adecuadas a la naturaleza del delito, como la petición pública de disculpas por parte del autor u otro tipo de satisfacción útil para la víctima, a pesar de que sea meramente moral¹¹⁷.

Si ponemos en concordancia la atenuante del punto quinto del art. 21 CP con el art. 66-1º CP que determina las reglas a seguir por parte de los jueces o tribunales en la determinación de la pena en los delitos dolosos, podemos llegar a distintas conclusiones: en primer lugar que el art. 66-1º CP contiene unas directrices acerca de las atenuantes y agravantes que han de ser tenidas en consideración por los jueces o tribunales en el momento de aplicar la pena en los delitos dolosos, ya que la redacción de dicho artículo es clara y no da lugar a opción potestativa por parte del aplicador: “*los jueces o tribunales observarán, según haya circunstancias agravantes o atenuantes, las siguientes reglas...*”. En segundo lugar, que según la regla 1ª del apartado uno, cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior a la que la Ley fije para el delito. En consecuencia, si el infractor repara y no concurre ninguna otra circunstancia, el Juez o tribunal aplicará la pena en su mitad inferior. La segunda regla, del mismo apartado uno, establece que “*cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendiendo el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes*”. Diversos autores, entre ellos MIQUEL

¹¹⁶ Art. 112 CP: “*La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de 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*”.

¹¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Víctima en el Derecho penal*, cit., pp. 206 ss.

PRATS o DOMINGO DE LA FUENTE, consideran que el esfuerzo que realiza el infractor por reparar el daño causado a consecuencia del delito ha de ser valorado de forma muy positiva¹¹⁸. Por tanto, bajo esta perspectiva, la reparación voluntaria por parte del imputado debería considerarse como una atenuante muy cualificada que, de no concurrir ninguna agravante, podría suponer, según esta regla del art. 66.1 CP, la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley. Con ello, una mediación finalizada con acuerdo de reparación, eficazmente cumplido por el imputado, podría comportar una reducción considerable de la pena y, en algunos supuestos, la evitación de la privación de libertad, que podría quedar en suspenso cuando la sanción a imponer, con la reducción de la atenuante, no superase los dos años. Según la regla 7ª del mismo art. 66 CP *“Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente, para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación, aplicarán la pena inferior en grado...”*. También en este supuesto la atenuante de reparación tiene una función y efectos importantes, que van desde compensar la posible existencia de agravantes hasta suponer la aplicación de la pena inferior cuando se valore la reparación como una atenuante cualificada.

Como nos recuerdan, VALL RIUS / VILLANUEVA REY / DAPENA MÉNDEZ / GUILLAMAT RUBIO / MARTINEZ CAMPS / SENDRA MONTES, el CP no limita ni excluye de la posibilidad de reparar ni de obtener los beneficios correspondientes, ningún tipo de infracción penal concreta, ni distingue entre los delitos tipificados en cuanto a los efectos de la reparación a la víctima¹¹⁹. En función de este criterio, la mediación podría ser el instrumento idóneo para potenciar la posibilidad de alcanzar acuerdos reparatorios en prácticamente la mayoría de tipos delictivos en los que hay víctimas ya sean directas, indirectas o, incluso, en los supuestos de la llamada victimización difusa¹²⁰.

¹¹⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., pp. 73 ss.

¹¹⁹ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coord.) DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., Invesbreu Criminología, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

¹²⁰ De acuerdo con VARONA MARTÍNEZ, G. / HALL, M., “La Victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión”, RDV, núm.7, 2018, p. 113, entiende que el concepto de “victimización difusa” se refleja como la *“afectación de bienes jurídicos supraindividuales, independientemente de que se puedan producir simultáneamente lesiones concretas a bienes jurídicos individuales, más allá de la idea de delitos sin víctimas”*.

No obstante, antes de iniciar una mediación en un caso concreto, debe valorarse la oportunidad de su aplicación. En este sentido, ha de considerarse que, las posibilidades reparatorias del infractor, así como la necesidad de la víctima de ser reparada, varían según el tipo de infracción penal cometida, el grado de afectación de la víctima, la voluntad real y la capacidad del infractor de empatizar con la víctima, además de las características concretas del caso. Por otra parte, la experiencia demuestra que no siempre existe una relación directa entre la gravedad de la tipificación formal y la conflictividad real existente o entre la entidad del delito y la voluntad de participar en un programa de mediación-reparación, tanto por parte de la víctima, como por parte del infractor, ni con la posibilidad de que finalmente se llegue a un acuerdo de reparación.

Como ejemplo de esta realidad, tenemos los conflictos vecinales que suelen dar lugar a delitos leves de gravedad escasa y en cambio la conflictividad, agresividad y malestar entre las personas afectadas y su entorno acostumbran a ser muy elevados. En la mayoría de estos supuestos, todas las partes concurrentes suelen considerarse víctimas de la situación y de la actuación de la otra parte, con lo cual determinar el papel de víctima y de infractor, a menudo, es difícil o imposible, por ello en estas situaciones, es preferible hablar de denunciante y denunciado, en el sentido de quien interpone antes la denuncia, sin perjuicio, de que en muchas ocasiones todas las partes interponen su respectiva denuncia, contra la otra o las otras partes, motivando denuncias cruzadas entre ellos. En estos supuestos, una sentencia, difícilmente cierra el conflicto, sino que muchas veces potencia el efecto contrario. La parte que se siente perdedora lo vive como una situación injusta y su reacción puede desencadenar una escalada del conflicto. El malestar acostumbra, además, a extenderse a otros vecinos, que se posicionan progresivamente a favor de una u otra parte, dificultando cada vez más la convivencia. En estas situaciones, el hecho de poder hablar entre ellos, a través de una mediación, en la que las partes pueden expresar como se sienten y se implican y responsabilizan en la búsqueda de una solución reparadora conjunta, sin vencedores ni vencidos, tiene consecuencias muy beneficiosas para todos y efectos paliativos sobre el conflicto generado. Por otra parte, en cada posible mediación concurren una multitud de variables personales y psicológicas que hacen que

cada caso sea diferente: actitud y carácter¹²¹ de la víctima y del infractor, vivencia concreta del delito y repercusiones sufridas por la víctima a raíz de los hechos, responsabilización posterior del infractor, etc. Cada uno de estos factores puede ser determinante en el momento de solicitar o aceptar participar en una mediación.

Con relación a las atenuantes específicas, en la parte especial del CP queda contemplada la reparación del daño, como atenuante específica en varios supuestos concretos. En estos casos puede entenderse que únicamente entra en juego esta atenuante especial que es de aplicación preferente y, por tanto, desplaza la genérica. Se trata de los siguientes delitos del CP: delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 y ss.); delitos sobre el patrimonio histórico (art. 321 y ss.); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 y ss.); delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332 y ss.). Estos delitos quedan regulados en el título XVI del Libro II del CP. En el último capítulo de este título (“Disposiciones comunes”) el art. 340 establece que *“si el culpable de cualquiera de estos delitos hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”*.

Podría decirse que para estos delitos se ha previsto su propia atenuante de reparación con el objetivo, precisamente, de estimular y favorecer tales actuaciones reparatorias en beneficio de la recuperación de valores comunes como el medio ambiente o el patrimonio histórico-artístico. La víctima, por tanto, no es una persona concreta, sino la propia comunidad que se ve afectada por esa acción considerada perjudicial para el conjunto de personas que la integran y que pueden padecer los efectos de esa acción que se pretende evitar mediante la sanción de tales conductas consideradas nocivas para el conjunto de la sociedad. A pesar de su sanción, que tiene una función disuasoria respecto a la realización de tales conductas, el legislador brinda al infractor una oportunidad para reparar voluntariamente el daño causado y evitar un castigo más grave. En estos casos de víctima difusa o inconcreta en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, en el sentido

¹²¹ En un caso de hurto de uso de vehículo a motor en que actué como mediadora, la víctima recuperó el vehículo y el infractor le ofrecía reparar el daño causado, pero la víctima era reticente a participar en la mediación, finalmente explicó que su negativa se debía a la actitud de indiferencia del infractor e incluso de desprecio hacia la víctima que sintió ésta cuando la víctima y la policía le atraparon *“in flagranti”*.

defendido por CORCOY¹²², el encuentro de mediación puede llevarse a cabo entre el infractor y una persona que participe en nombre, representación y defensa de los intereses y necesidades de la colectividad o comunidad afectada. El acuerdo reparatorio tratará de aportar algún beneficio para la comunidad que compense o repare, de alguna forma, el daño ya causado e incluso el compromiso de llevar a cabo actuaciones concretas para prevenir y evitar daños futuros.

3.6. La mediación como instrumento de consecución de la tercera vía

La reparación, por tanto, se ha convertido en una actuación destacada por los diversos efectos jurídicos que puede ocasionar. Y, sobre todo, desde la óptica de la JR, porque la mediación se ha vinculado instrumentalmente a ella, desde el inicio de las primeras experiencias prácticas, cuando todavía no estaba regulada ni reconocida en ninguna norma en el Derecho penal de adultos. Pero cabe preguntarse, ¿qué entiende nuestro sistema penal por reparación a los efectos de la mediación?, ¿las consecuencias jurídicas se limitan a un tipo de reparación previamente determinada, o pueden generarse estas consecuencias sea cual sea la forma, la entidad o el contenido de la reparación?

El CP no define el concepto de reparación. Sí que podemos encontrar distintas acepciones en la doctrina y en la jurisprudencia. En general, se entiende por reparación el restablecimiento, dentro de lo posible, del orden jurídico anterior perturbado por la comisión de una infracción penal¹²³. CEREZO MIR, al analizar la atenuante genérica de reparación del art. 21.5 CP, entiende que la reparación del daño ocasionado a la víctima no ha de interpretarse solo en sentido material como reparación del objeto dañado, el abono de una determinada cantidad, la restitución de un objeto sustraído o la prestación de algún servicio o trabajo, sino también en el sentido moral. La reparación del daño va más allá, por tanto, de la mera satisfacción de las responsabilidades civiles, aunque el

¹²² CORCOY BIDASOLO, M., “Legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política Criminal en Europa*, Atelier, 2004, Barcelona, p. 27.

¹²³ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

esfuerzo reparador debe ser considerado en relación con el daño causado y las posibilidades del sujeto activo¹²⁴.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA señala que para conseguir la reparación pueden seguirse dos sistemas: el coactivo o el voluntario. En el primer caso, cuando la reparación se impone coactivamente, funciona como una pena y se impone tras el correspondiente proceso. En el segundo caso, la reparación ha de ser voluntariamente escogida y se presenta como un medio de evitar o atenuar la pena¹²⁵. Es precisamente este segundo sentido el que se vincula a la mediación y se desarrolla y defiende en este trabajo. Este mismo autor añade que la reparación no se obtiene espontáneamente, sino que es preciso fomentarla y proporcionar los cauces para que pueda producirse y desarrollarse adecuadamente, jugando un papel fundamental, en ese cometido, la mediación. No existe, según este autor, ningún inconveniente para que la reparación pueda tener efectos en el orden civil y en el orden penal, con lo cual se deduce que la reparación no afecta a la naturaleza pública del Derecho penal. La conclusión posible es la admisión de la reparación, facilitada a través de la mediación como elemento que, no sólo coadyuva en el sistema penal a obtener los fines asignados a la pena, sino que además ayuda a la víctima a superar las consecuencias del hecho delictivo.

Siguiendo a ROXIN, la inclusión en el sistema penal sancionador de la reparación, en forma de indemnización material e inmaterial a la víctima, significa que el Derecho penal se aparta de la idea abstracta y hace un giro hacia la realidad social. ROXIN alude a la idea de HEGEL sobre que el injusto es “anulado” mediante la pena, lo que según el primero, no pasa de ser una anulación ideal, es decir, un acontecimiento que tiene lugar en el mundo normativo e incluso metafísico, pero no en la realidad. La reparación, con la satisfacción de los daños, en cambio, opera algo bueno en la realidad y supone la transición del Derecho penal desde la atribución de meros significados a la solución social efectiva de conflictos que respeta el protagonismo y la implicación voluntaria de las partes gracias al espacio que brinda la mediación.

¹²⁴ CEREZO MIR, J., *Derecho penal*, cit., pp. 143 ss.

¹²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La tercera vía”, en ROSSNER, D. / GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E. / EQUIP DE MEDIACIÓ DEL DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediación Penal*, CEJFE, Barcelona, 1999, pp. 118 ss.

Volviendo a nuestro ordenamiento penal en concreto, con influencias evidentes de ROXIN o DÜNKEL como afirman diversos autores¹²⁶, tanto la doctrina como la jurisprudencia no consideran necesario que la reparación sea total para que el Juez la tenga en cuenta, ya que se aceptan reparaciones parciales y hasta simbólicas cuando así lo acuerdan las partes con plena aceptación y satisfacción de la víctima. Como señala DOMINGO DE LA FUENTE, se trata de que la víctima esté satisfecha o se sienta bien con la reparación que ha obtenido por parte del infractor, sea cual sea su forma¹²⁷. Diferentes autores han manifestado, de manera reiterada que interesa, en especial, la disposición subjetiva del autor. En este sentido, se valora muy positivamente el esfuerzo efectivo realizado para compensar los perjuicios causados por el delito, siempre en la medida de sus posibilidades reales. MIR PUIG señala que el art. 21.5 CP no dice “haber intentado reparar...” sino “*haber procedido a reparar...*”, dando valor a la acción efectiva realizada y cumplida. No obstante, añade que esto no impide que pueda valorarse como una forma de disminuir el daño o efectos del delito que el culpable se esfuerce en lo posible por intentar una reparación material. “*Incluso en caso de insolvencia, el sujeto puede intentar la reparación ofreciendo a la víctima la realización de alguna conducta de ayuda o la prestación de algún trabajo o servicio*”¹²⁸.

Siguiendo a VALL RIUS / VILLANUEVA REY / DAPENA MÉNDEZ / GUILLAMAT RUBIO / MARTÍNEZ CAMPS / SENDRA MONTES, en el estudio relativo al Programa de Mediación en la Jurisdicción Penal del *Departament de Justícia* de la Generalitat de Catalunya, el contenido de la reparación será el que libremente acuerden entre infractor y perjudicado y puede consistir, entre otros, en alguna de las tres formas previstas en el art. 110 CP para satisfacer la responsabilidad civil: la restitución, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales¹²⁹.

Una mediación llevada a cabo para facilitar un acuerdo reparatorio entre el autor y la víctima supera en muchos casos ese objetivo y se convierte en el catalizador de un proceso

¹²⁶ VALL RIUS, A./ VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

¹²⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., p. 74.

¹²⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 641.

¹²⁹ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

de reflexión personal. El diálogo víctima ofensor ofrece al autor la dimensión real del acto y le devuelve una imagen más nítida de sus protagonistas y de las consecuencias reales, y no solo procesales y penales de su acción. Si el hecho de escuchar a la víctima y su padecimiento le hace consciente del daño real causado, la determinación de reparar surgirá más fácilmente, junto a la asunción de compromisos y responsabilidades y al esfuerzo por cumplirlos. Igualmente será menos probable la repetición de nuevos actos delictivos. La reparación y la mediación (como instrumento facilitador del diálogo y de un posible acuerdo reparador) son, por tanto, elementos claves para recuperar la conciencia del daño provocado en la víctima y tienen efectos altamente preventivos, ya que motivan ese proceso de autoreflexión, que va más allá de la amenaza externa de la norma para situarse en el replanteamiento interno de nuestras propias actitudes y acciones personales frente a los demás.¹³⁰

Estos efectos de prevención especial positiva, beneficiosos para el autor, no dejan en segundo plano las necesidades de la víctima. La reparación, en realidad solo existe si la víctima es escuchada, tenida en consideración y satisfactoriamente compensada por el daño padecido. La mediación con finalidad reparatoria ofrece a la víctima la opción de intervenir directamente en el proceso posterior al delito y la posibilidad de hablar, de ser comprendida en su dolor y de proponer aquella actuación reparadora que para ella resulte más satisfactoria. Con ello, en definitiva, se consigue ofrecer una respuesta útil y ventajosa tanto a las necesidades de la prevención general y especial como a la necesidad concreta de la víctima e indirectamente de la sociedad que ve compensado el daño que se ocasionó a uno o varios de sus miembros¹³¹.

Como señala TAMARIT SUMALLA *“la justicia restaurativa reclama una nueva concepción de la reparación, entendida como reparación integral”*, poniendo especial atención al daño psíquico y emocional y avanzando más allá del concepto de la responsabilidad civil

¹³⁰ En este sentido, SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “Actitudes para facilitar encuentros restaurativos con las personas que pertenecieron a ETA”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, 2013, p. 169, señala como el resultado sincero de una mediación como proceso restaurativo *“viene marcado por la asunción de la propia responsabilidad, el deseo sincero de reparar el daño y la empatía con el dolor de la víctima”*.

¹³¹ Según SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos*, cit., p. 159, incluso en delitos graves, las víctimas celebran que después de los encuentros con los penados, recuperen la capacidad de salir solas a la calle, de pasear por la noche o de pasar cerca de un cajero automático.

como un mero mecanismo de compensación económica del daño producido a consecuencia del delito. La reparación que promueve la JR tiene un sentido más profundo y a la vez extenso al incluir la necesidad de reparar a la propia comunidad que indirectamente también se ha visto afectada por el hecho delictivo¹³². Y continúa con razón dicho autor, que otra nota esencial de la concepción restaurativa de la reparación es que se produzca en función de la capacidad del autor. Lo cual permite atribuir validez a los actos de reparación parcial cuando el autor repare según sus propias circunstancias personales y sociales, apreciando el esfuerzo reparador que ha realizado y el valor que tiene este acto para compensar y reequilibrar el desvalor propio de la acción delictiva cometida.

La práctica, confirmada por la experiencia de los diversos Programas de Mediación, demuestra que es la propia naturaleza del delito y, sobre todo, la voluntad de las partes, la que determina la forma reparadora concreta, más adecuada, para compensar el desequilibrio producido. De ser posible, se tiende a obtener la “*restitutio in integrum*”, es decir, un restablecimiento de la situación anterior a la comisión del delito. Pero, a través de la mediación, las partes tienen la opción de acordar como dar satisfacción al interés de la víctima mediante una reparación simbólica o moral, o bien a través de una prestación o actuación distinta a la naturaleza del daño ocasionado.

La mediación desempeña pues una función instrumental respecto a la efectividad de la reparación voluntaria. En este sentido, la propia carta de las Naciones Unidas la califica “*como un medio importante para el arreglo pacífico de controversias y conflictos*”, un instrumento eficaz para abordar los conflictos¹³³. La mediación propicia un espacio de diálogo para facilitar la obtención de acuerdos acerca del contenido de la reparación¹³⁴. Por ello, es un método aplicable en todos aquellos supuestos en los que haya posibilidades de favorecer la reparación por parte del infractor en beneficio de la víctima. Este estudio se focaliza en los supuestos en los que esa reparación sea factible, aceptable y satisfactoria

¹³² TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Justicia restaurativa*, cit., pp. 62 ss.

¹³³ Naciones Unidas, “Directrices de la Naciones Unidas para una mediación eficaz”, Nueva York, 2012, p. 2, en: “United Nations Peacemaker” (en línea: www.peacemaker.un.org).

¹³⁴ VALL RIUS, A., “El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa. Estudio comparado con la Legislación española”, LL, núm. 4, 2006, pp. 1412 ss.

para la víctima, además de significar la posibilidad del reconocimiento u obtención de algún beneficio jurídico o penológico, sumado al personal, a favor del infractor que lleva a cabo una acción que la víctima aprecia y valora como reparatoria.

3.7. La mediación como requisito de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad (art. 84.1 CP)

Como señala TRAPERO BARREALES en la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995 del CP, se eliminó la sustitución de la pena de prisión por otro tipo de sanciones, introduciendo en su lugar un régimen de suspensión-sustitución en los arts. 80.3, 84 y 85 del CP. Esta autora, considera que esta reforma conllevó algunas cuestiones controvertidas, especialmente las relativas a la determinación de la naturaleza de las prestaciones o medidas que acompañan la suspensión y las pautas orientadoras de la decisión judicial acerca de la aplicación de la suspensión-sustitución¹³⁵.

Aunque desde la óptica de la JR, el cambio más importante aportado por la reforma del CP de 2015 fue la inclusión, por primera vez, de una mención textual a la mediación en su art. 84.1. Según este artículo, el Juez podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en mediación. Este artículo debe entenderse vinculado al art. 80, según el cual la suspensión se refiere a penas privativas de libertad no superiores a dos años, que podrán dejarse en suspenso mediante resolución motivada y cuando sea “razonable” esperar que no sea necesario cumplir la pena para evitar la comisión de nuevos delitos. Según esta regulación, el cumplimiento del acuerdo de mediación, consensuado entre víctima y victimario, puede dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta dos años si se cumplen los demás requisitos que recogen los arts. 80 y 83 CP. Se entenderá suspendida la pena durante los plazos que determina el art. 81 CP¹³⁶ y se revocará la suspensión en los casos que recoge el art. 86 CP. Además, ya en la redacción original del CP de 1995, distintos

¹³⁵ TRAPERO BARREALES, M., “El nuevo régimen de prestaciones o medidas en la suspensión: artículos 80.3 y 84 del código penal”, RDPC, núm. 16, 2016, pp. 157 ss.

¹³⁶ “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80”.

artículos contemplaban la reparación con determinados efectos jurídicos en diferentes momentos procesales, en los cuales puede, por tanto, llevarse a cabo una mediación que propicie un acuerdo de reparación, potenciando además el principio de intervención mínima que prima la utilización preferente de otros instrumentos jurídicos no penalizadores para responder al delito¹³⁷.

El art. 80 CP regula la suspensión de la pena privativa de libertad como una potestad discrecional del juzgador¹³⁸. TRAPERO BARREALES destaca que la suspensión de la ejecución de las penas (privativas de libertad ya que son las únicas suspendibles) que contempla este artículo se basa en la ponderación de los fines de la prevención general y de la prevención especial. La general a través de los límites temporales asignados a las penas susceptibles de suspensión y la especial basada en la decisión sobre la necesidad de no ejecutar la pena privativa de libertad en el caso concreto en función de sus circunstancias¹³⁹.

Por su parte, CARDENAL MONTRAVETA defiende que, si la decisión de suspender la ejecución de la pena contradice los argumentos que la mayoría social entiende que han de justificar dicha decisión en un Estado social y democrático de Derecho, se reducirá la eficacia preventiva derivada de la coherencia que debe existir entre los principios y valoraciones aceptados por la mayoría de los ciudadanos y la respuesta a la comisión del delito. Por el contrario, la suspensión de la ejecución de la pena tendrá un efecto adecuado de prevención general positiva cuando sea coherente con tales valoraciones y principios sociales¹⁴⁰.

El apartado segundo del art. 80 establece tres condiciones para obtener la suspensión. En primer lugar, haber delinquido por primera vez, para lo cual no se tienen en cuenta las condenas anteriores por delitos imprudentes o leves, ni los antecedentes penales

¹³⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., p. 72.

¹³⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 727.

¹³⁹ TRAPERO BARREALES, M., “El presupuesto de la suspensión, art. 80.1 Código Penal: ¿Un cambio en su planteamiento?”, CPC, núm. 120, 2016, p. 84.

¹⁴⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S., “Función de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto?”, InDret, núm. 4, 2015, p. 21.

cancelados, ni los antecedentes por delitos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de cometer nuevos delitos. En segundo lugar, que la pena o la suma de las penas impuestas no supere los dos años, sin incluir en el cómputo de este tiempo, la que derive del impago de multa. Y, en tercer lugar, haber satisfecho las responsabilidades civiles originadas por el delito y haber hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia. Este último requisito se entiende cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer tal responsabilidad según su capacidad económica (compromiso que puede lograrse con la víctima en el espacio de la mediación) y de facilitar el decomiso. El Juez puede solicitar las garantías que estime convenientes en función del caso para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil que, como hemos visto, también puede ser abordada y consensuada dentro de la mediación.

En el apartado tercero se establece que, de forma excepcional, podrá acordarse la suspensión de las penas que individualmente no excedan los dos años, a pesar de no darse las condiciones primera (relativa a haber delinquido por primera vez) y segunda (que la pena o la suma de las impuestas no supere los dos años), siempre que se trate de reos no habituales, cuando las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho y en particular el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen. *“En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84.”* (el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación).

Otra excepción es la que contempla el apartado cuarto al reconocer al juzgador la posibilidad de otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta a pesar de no darse ninguno de los tres requisitos, cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que, en el momento de la comisión del delito, tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. En todo caso, se trata de la suspensión de penas privativas de libertad, entre las que se incluye la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa¹⁴¹.

¹⁴¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 731.

El apartado quinto permite que, a pesar de no cumplirse las condiciones primera y segunda, el juzgador pueda suspender las penas no superiores a cinco años, de forma exclusiva a los penados que hubiesen cometido el delito a causa de su dependencia a las sustancias del apartado segundo del art. 20 CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes ...). En estos casos se exige que un centro o servicio público o privado debidamente acreditado certifique que el penado esté deshabitado o en tratamiento en el momento de decidir acerca de la suspensión de la pena. Si está en tratamiento se condiciona a que no se abandone hasta su finalización. Las recaídas no se consideran abandono del tratamiento, siempre que no suponga dejarlo definitivamente.

Según el sexto apartado, en los delitos perseguibles solo a instancia de parte, se oirá al ofendido antes de conceder la suspensión de la pena. Como señala MIR PUIG, en estos delitos la suspensión de la ejecución deja de ser siempre obligatoria cuando la pida el agraviado (tal como se regulaba antes de la reforma) aunque para tomar tal decisión el Juez va a escucharle¹⁴². La regulación relativa a la suspensión de la pena, al no limitar su aplicabilidad a determinados delitos, puede entenderse aplicable de forma general, siempre que se den los requisitos previstos.

Se hace una referencia expresa a la reparación, valorando el “*esfuerzo por reparar*” y, por tanto, si se lleva a cabo una mediación con finalidad reparadora, las consecuencias de la mediación con reparación pueden actuar de dos formas. En primer lugar, al mencionar el tercer punto del art. 80.2 CP la satisfacción de las responsabilidades civiles como una de las condiciones necesarias para adoptar la suspensión de la pena, pueda realizarse una mediación, si las partes libremente lo deciden. Esta mediación tendrá como objetivo posibilitar un acuerdo entre víctima e infractor, que además de otros puntos de interés para ambos, especialmente para la víctima, tenga en cuenta los daños producidos y conlleve la satisfacción de la responsabilidad civil. Si la mediación posibilita un compromiso que sea satisfactorio para la víctima y realizable por parte del condenado, sea su naturaleza o su contenido de tipo moral, o material, la víctima que se sienta plenamente reparada puede dar por satisfecha la responsabilidad civil, manifestándolo expresamente por escrito en el texto del acuerdo. Con ello la mediación habrá facilitado

¹⁴² MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 627.

no solo la satisfacción de los intereses de la víctima, sino también la obtención de uno de los requisitos necesarios, a tenor del art. 80 CP, para hacer posible la suspensión de la pena.

En segundo lugar, una mediación con reparación a la víctima en un caso concreto realizada antes de la apertura del juicio oral puede suponer la aplicación de una atenuante, simple o privilegiada que, a su vez, puede conllevar la reducción de la pena inicialmente prevista en uno o dos grados. Con lo cual una pena privativa de libertad inicialmente superior a dos años puede reducirse a dos años o menos, posibilitando su suspensión, si se dan el resto de los requisitos del art. 80.2 CP. La suspensión de la pena permite que la sentencia recoja el resultado positivo de un proceso de mediación ¹⁴³.

En el art. 81 CP se establece un plazo de suspensión de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves. La suspensión será de tres a cinco años en los delitos cometidos a causa de la adicción a sustancias tóxicas según el apartado quinto del art. 80 CP. De acuerdo con lo establecido en el art. 82 CP, el Juez resolverá en sentencia la obtención de la suspensión. Si ello no fuese posible, una vez firme se pronunciará sobre la suspensión con la mayor urgencia previa audiencia de las partes. En el art. 83 CP se regulan una serie de prohibiciones y deberes que puede imponer el juzgador para evitar la comisión de nuevos delitos y que condicionan la suspensión de la pena. La regulación actual del CP permite someter la suspensión a otras condiciones, prestaciones y medidas distintas y adicionales a la condición de no delinquir durante el tiempo que se fije para la suspensión ¹⁴⁴.

En el 84 CP también se condiciona la suspensión de la pena al cumplimiento de determinadas prestaciones o medidas. Es muy significativo para la mediación y para este trabajo que el punto primero establezca como condición para obtener la suspensión de la pena *“el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación”*. Supone el primer reconocimiento textual y con efectos jurídicos directos de la mediación en el ámbito penal de adultos en España. Como señala GARCÍA ALBERO, se trata de un

¹⁴³ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña”, cit., p. 13.

¹⁴⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 613.

hito de singular importancia, ya que por primera vez se introduce una medida alternativa en la legislación penal de adultos, demandada por amplios sectores de la doctrina y recogida en la legislación europea¹⁴⁵. Como en las demás prestaciones o medidas, si se dan el resto de los requisitos exigidos en el art. 80.2 CP, el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación facilitará la suspensión de la pena. A destacar que no se trata solo de llegar a un consenso entre la víctima y el infractor, sino sobre todo de cumplir con los compromisos asumidos.

Esto puede significar, en algunos casos, que cuando el acuerdo de mediación comporte una prestación diferida en un período de tiempo, no se podrá verificar su cumplimiento hasta su total efectividad. Pero eso no supone ningún impedimento, ya que puede firmarse un documento de compromiso inicial provisional que queda supeditado al cumplimiento pleno y efectivo de la prestación reparatoria acordada, momento en que se firmará el documento definitivo. Como destaca el mismo GARCÍA ALBERO, esta previsión del art. 84.1 CP no puede conculcar la voluntariedad de la mediación, que le es consustancial, por ello no prevé una mediación como una imposición similar al resto de condiciones, sino que *“se impone simplemente el cumplimiento del acuerdo reparatorio resultante de la mediación, lo que significa que la mediación ya ha tenido lugar”*¹⁴⁶.

3.8. Protagonismo de la mediación en la ejecución de la privación de libertad: progresión en grado, libertad condicional e indulto

Como señalan VALL RIUS / VILLANUEVA REY / DAPENA MÉNDEZ / GUILLAMAT RUBIO / MARTÍNEZ CAMPS / SENDRA MONTES, realizando una interpretación flexible del CP, de la normativa penitenciaria y de otras normas, es posible deducir que la reparación conseguida, a través de un proceso de mediación, llevado a cabo durante la ejecución de la sentencia sea considerada como una herramienta que, respecto al penado, puede facilitar la obtención de determinados beneficios penitenciarios, a parte de los personales. Por ejemplo, la progresión en el grado de cumplimiento de la pena privativa de libertad,

¹⁴⁵ GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 143 ss.

¹⁴⁶ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal*, cit., pp. 164 ss.

avanzar la libertad condicional, o apoyar la petición de indulto¹⁴⁷. La reparación del daño por parte del ofensor a la víctima o un esfuerzo adecuado a sus posibilidades que se haya facilitado a través de la mediación puede incidir positivamente en las condiciones de tratamiento penitenciario, ya que, sumado a los demás requisitos, permite acceder al régimen abierto, a la libertad condicional, e incluso a su avance¹⁴⁸. Por otra parte, la experiencia de los países en los que distintas fórmulas restaurativas se aplican en la etapa de cumplimiento de la condena, incluso en delitos muy graves cometidos en zonas de duros conflictos como en Kosovo o en Congo¹⁴⁹, certifican la bondad de su práctica también en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad.

En Estados Unidos existen programas que ponen en contacto a las víctimas con los ofensores en delitos tan graves como el asesinato. Los propios familiares de las víctimas solicitan la mediación, al considerar que puede ayudarles a superar el trauma causado por el delito. Muchos de ellos desean obtener algún tipo de explicación o información que pueda ser útil en su proceso de superación del duelo por la pérdida del ser querido, algunos manifiestan su deseo de conocer “*la verdad real*” más allá de los hechos establecidos en la sentencia. En la mayoría de estos casos tan graves, la mediación no supone para el penado la obtención de beneficios penitenciarios, aunque si manifiesta voluntad de participar posiblemente le aporte alguna compensación de tipo moral o ético.

Las mediaciones post sentencia, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad pueden realizarse también de forma indirecta, de manera que la víctima y el ofensor no llegan a encontrarse físicamente, sino que se comunican a través del mediador que posibilita un diálogo indirecto. La iniciativa de la mediación puede provenir tanto de la víctima como del ofensor¹⁵⁰. Veíamos en epígrafes anteriores que el modelo belga ha despertado interés en otros países como España que han estudiado el modelo, convirtiéndose en un referente a nivel europeo. Entre los viajes de expertos internacionales para conocer el funcionamiento de estos programas de las cárceles belgas,

¹⁴⁷ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, *passim*.

¹⁴⁸ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña”, cit., p. 13.

¹⁴⁹ AERTSEN, I. / ARKOSOVKA, J. / HOLGER, C.R. / VIÑAS, M. / VANSPAUMEN, K., *Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts*, Willan Publishing, Portland, 2008, pp. 183, 392 y 444.

¹⁵⁰ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., pp. 26 ss.

cabe mencionar una visita documentada que realizó una delegación rusa para analizar la implementación de los métodos y circuitos de JR en las instituciones penitenciarias belgas en vistas a una posible implementación o adaptación del modelo en Rusia ¹⁵¹. Con ello se demuestra la curiosidad y el interés que han despertado las fórmulas restaurativas y su aplicación práctica en sistemas de inspiración y fundamentación jurídica muy diversas.

En el marco español encontramos también en la fase de ejecución diversas normas que reconocen determinados efectos penológicos a la reparación. Consecuentemente, una mediación en estos supuestos puede hacer posible esa reparación voluntaria, positiva para la víctima y también para el penado, desde el punto de vista de la prevención especial, ya que facilita una reflexión personal y la obtención de determinados beneficios penitenciarios que propician su vuelta a la sociedad y, por tanto, su reintegración social efectiva. Veamos las tres instituciones del CP -libertad condicional, progresión en grado y obtención del indulto- en las que puede incorporarse la mediación como instrumento facilitador de la reparación y obtener relevancia jurídica, a través de alguna de estas instituciones, además del valor personal para los participantes.

Respecto a la progresión en el grado de cumplimiento, como señalan GRACIA MARTÍN / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, el régimen vigente en España de ejecución de las penas de prisión responde a las características del modelo progresivo o de individualización científica. Según este modelo la ejecución de la pena privativa de libertad se fragmenta en diferentes etapas, concretamente tres en nuestro sistema¹⁵². Al progresar de etapa se otorgan al preso más ventajas y privilegios. Avanzar a través de las etapas, depende de la evolución favorable del interno. Como afirma MIR PUIG, la clasificación del penado en el régimen y grado que corresponda y la progresión o regresión de grado vienen determinadas por las necesidades del tratamiento, sin olvidar que un tratamiento forzoso es inaceptable. Como máximo cada seis meses los internos serán estudiados individualmente para revisar su calificación¹⁵³.

¹⁵¹ MAKSUDOV, R., “*Russian delegation finds out about RJ in Belgium prisons*”, en Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven, vol. 4 (2), 2003, p. 3.

¹⁵² GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., p. 81.

¹⁵³ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 782.

El art. 72 LOGP tiene dos partes diferenciadas, la primera, integrada por los apartados 1, 2, 3 y 4 que describe la clasificación y progresión en general del grado de tratamiento penitenciario y la segunda, introducida por la LO 7/2003, que regula de forma específica el acceso al tercer grado, mediante el añadido de los apartados 5 y 6. Respecto a la primera parte general referida a la progresión de grado, a la vista de lo dispuesto en los apartados tercero y cuarto, puede considerarse que una reparación voluntaria a favor de la víctima que sea fruto de una mediación supone una prueba concreta de la evolución positiva del interno que menciona el apartado cuarto. Se trata de una manifestación efectiva del esfuerzo real realizado para compensar el daño producido y, por tanto, implica también una reafirmación del valor de las normas y del interés por reinsertarse de nuevo en la comunidad. En consecuencia, esta reparación voluntaria, obtenida a través de un proceso de mediación puede ser demostrativa de un cambio positivo de conducta que, en consonancia, implique una mejora en su clasificación, es decir, la obtención de la progresión a un grado superior con más ventajas. En relación a la segunda parte, referente a las condiciones para progresar al tercer grado, no es necesario interpretar o deducir más allá del texto explícito del apartado quinto: haber “*satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales...*”. Queda muy claro que, en los supuestos descritos por esta norma, una mediación orientada a acordar el contenido de la responsabilidad civil o dirigida directamente a la satisfacción o reparación del daño sufrido por la víctima, realizada por el condenado a pena privativa de libertad, facilitará su acceso al tercer grado e indirectamente también a la libertad condicional si se dan el resto de condiciones para ello. En definitiva, el punto 5º añade a los requisitos generales que el CP establece como necesarios para obtener el tercer grado, la condición de satisfacer la responsabilidad civil o bien reparar los daños causados. Singularmente en los tipos de delitos que contempla y que básicamente son aquellos contra el patrimonio de notoria gravedad y que hayan perjudicado a una pluralidad de personas, contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y la Administración Pública. En estos casos, como hemos visto, la obtención del tercer grado queda condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos en el CP y a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, equiparando a tal compensación, la conducta dirigida a reparar el daño e

indemnizar los perjuicios morales y materiales. Objetivo que la mediación puede hacer efectiva, velando para que pueda darse respuesta a todos los intereses y necesidades en juego, primando especialmente los de la víctima.

El apartado sexto de este artículo, establece los requisitos para obtener la clasificación o la progresión al tercer grado en los delitos de terrorismo y en los cometidos en el seno de una organización delictiva. Se añade, además de los requisitos de los apartados anteriores, la satisfacción de la responsabilidad civil respondiendo con sus rentas y patrimonio presente o futuro que se den “*signos inequívocos de haber abandonado los fines terroristas*”, haber colaborado activamente con las autoridades y “*la petición expresa de perdón a las víctimas*”. Esta formulación de perdón, si tanto la víctima como el ofensor acceden a ello, puede expresarse directamente y quedar perfectamente documentada a través de una mediación. En estos casos, el encuentro mediador propiciaría que ese perdón no se limitase a una mera declaración puramente formal o documental, sino que fuese el resultado de un contacto directo o indirecto, de un trabajo y de un esfuerzo personal, mucho más sincero y profundo, con un contenido que se elabora de forma real y efectiva por las propias partes y que es fruto de la voluntad y del esfuerzo de acercamiento de ambas.

Como destaca RÍOS MARTÍN, en referencia a los encuentros entre víctimas y presos de ETA, llevados a cabo en el penal de Nanclares de la Oca desde 2011 a 2013, para las víctimas que participaron en estos encuentros, en general, era más importante la percepción de la asunción de responsabilidad y verificar la plena conciencia del daño causado que el mismo perdón. Pero si esto iba acompañado de la solicitud de perdón o disculpas sinceras por parte del preso, era todavía más eficaz. A juicio de este autor, el perdón no se merece, es un puro regalo que dignifica a quien lo regala y que acaba por sanar más a quien lo ofrece que a quien lo recibe. Estos encuentros han ayudado a las víctimas a superar el odio y el sufrimiento, sin dejar de ser fieles a la memoria del ser querido asesinado, pues si la memoria se sigue construyendo desde la ira y el rencor, no solo no transforma, sino que destruye. Es significativo que uno de los presos comentó que

no quería pedirlo, para evitar que pudiese suponer una carga más para la víctima, al verse obligada a entrar en un conflicto consigo misma o con su entorno¹⁵⁴.

Volviendo al análisis del art. 72 LOGP, CÓRDOBA RODA¹⁵⁵ realiza una lectura crítica de la mencionada reforma de la LO 7/2003 de 30 de junio que introdujo los apartados quinto y sexto. Según CÓRDOBA RODA la exigencia de satisfacer la responsabilidad civil para la clasificación o la progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario vulnera de modo flagrante el sentido del tratamiento penitenciario de las penas privativas de libertad. Para ello alude el art. 25.2 CE que dispone que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”. Otros autores como DOMINGO DE LA FUENTE remarcan igualmente el valor de este artículo de la Constitución como una filosofía subyacente y cercana a la JR¹⁵⁶. CÓRDOBA RODA también recuerda que, la LOGP 1/1979, de 26 septiembre, introdujo una regulación del tratamiento en desarrollo de lo establecido en la mencionada norma constitucional. Así en su art. 59.1 dispone que el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades dirigidas a conseguir la reeducación y reinserción social de los penados. Por otra parte, en el art. 62 se señala que el tratamiento se inspirará, entre otros, en los siguientes principios: a) estar basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad conducente a un enjuiciamiento global de la misma; b) guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un pronóstico inicial, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales del sujeto; c) será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales en relación a la personalidad del interno. En suma, como afirma CÓRDOBA RODA, la ejecución de las penas privativas de libertad responde a un sistema basado en la idea de ofrecer un tratamiento adecuado a la persona, de clasificar al interno

¹⁵⁴ RÍOS MARTÍN, J.C., “El encuentro personal entre quienes asesinaron perteneciendo a ETA y quienes sufrieron el horror injustificado. Descripción, análisis y reflexiones”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los Ojos del otro, encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2013, pp. 185 ss.

¹⁵⁵ CÓRDOBA RODA, J., “El pago de la responsabilidad civil como requisito para la libertad condicional y para el tercer grado de tratamiento penitenciario, según la Ley Orgánica 7/2003.” RJC, vol. 104, núm. 1, Barcelona, 2005, pp. 42 ss.

¹⁵⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., p. 73.

en función de la evolución del tratamiento y de un régimen de grados que comporta un incremento progresivo de la libertad. Con todo ello, CÓRDOBA RODA entiende que la modificación efectuada por la Ley Orgánica 7/2003 que, exige para la libertad condicional y para la clasificación o progresión al tercer grado la condición de que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil, comporta hacer depender dichos beneficios de una circunstancia ajena a la evolución del tratamiento del interno¹⁵⁷.

El rigor de la exigencia de la responsabilidad civil queda mitigado al añadir el mencionado art. 72.5 que se considerará a tales efectos la conducta dirigida a reparar el daño. Esta referencia debe entenderse en el sentido de que, aunque el penado no haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, ha de considerarse cumplido dicho requisito legal si el penado, dentro de sus posibilidades, trata de reparar el daño producido¹⁵⁸. Esta reparación es necesaria para no desvirtuar la eficacia del tratamiento penitenciario y respetar el sentido resocializador que instituye el art. 25 de la CE, y puede facilitarse también a través de una mediación con finalidad reparatoria. No en vano, permitirá obtener un compromiso de reparación efectivo, adoptado de forma personalizada con implicación de víctima y victimario, adaptado a las características concretas del caso y a las necesidades y posibilidades reales de sus protagonistas.

Respecto a la libertad condicional, supone la etapa final del cumplimiento de la pena en el sistema progresivo. El penado realiza ya por completo su vida fuera del establecimiento penitenciario, aunque el disfrute de dicha libertad queda sometido a diversas condiciones¹⁵⁹. En la vía de acceso que podemos entender como ordinaria del art. 90.1 CP, uno de los tres requisitos para acceder a la libertad condicional es el de buena conducta. En este punto, podría considerarse que el interés del penado por implicarse en la mediación con la finalidad de hacer posible un acuerdo de reparación, la participación igualmente voluntaria de la víctima y el esfuerzo por compensar o minimizar el daño causado, supone una manifestación práctica y concreta del concepto indeterminado de

¹⁵⁷ Como señala CÓRDOBA RODA, J., RJC, vol. 104, núm. 1, Barcelona, 2005, pp. 43 ss. “*La perentoria necesidad de atemperar el tenor de la reforma legal al sentido del tratamiento penitenciario de las penas privativa de libertad, impone seguir la interpretación referida*”.

¹⁵⁸ CÓRDOBA RODA, J., RJC, vol. 104, núm. 1, Barcelona, 2005, pp. 45 ss.

¹⁵⁹ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones*, cit., p. 85.

“buena conducta”¹⁶⁰. Del mismo modo, la voluntad y el esfuerzo evidenciado a través de la reparación, facilitaría la emisión del pronóstico favorable de reinserción social, atendiendo los objetivos de la prevención especial sin detrimento de la general. Además de los tres requisitos básicos, se establece que no se concederá la suspensión de la pena de no haberse satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, condición que fue introducida por la LO 7/2003¹⁶¹. Una mediación entre víctima e infractor con acuerdos y compromisos cumplidos por el infractor que satisfagan la responsabilidad civil, conforme a los criterios del art. 72.5 y 6 LOGP¹⁶², se convierte en una actuación clave para propiciar el cumplimiento de esta condición y facilitar, consiguientemente, la libertad condicional.

La primera parte del art. 90.2 del CP recoge la posibilidad excepcional de obtener la libertad condicional una vez cumplidas las dos terceras partes de la condena¹⁶³. La segunda parte del mismo apartado permite que, “a propuestas de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes...” una vez extinguida la mitad de la condena, se pueda obtener la suspensión de hasta un máximo de 90 días por cada año de cumplimiento efectivo de condena. Para obtener esta suspensión, el penado, además de haber desarrollado actividades culturales, laborales, culturales u ocupacionales, ha de acreditar su “participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”. Con lo cual establece un evidente adelanto de la libertad condicional cuando a los demás requisitos se sume la participación “efectiva y favorable” en este tipo de programas, entre los que la mediación, como la fórmula más usual de JR, tiene un papel muy relevante¹⁶⁴. En el tercer apartado y en esta misma línea de excepcionalidad¹⁶⁵, el Juez de vigilancia penitenciaria puede acordar la suspensión del resto de la pena. Con ello se avanza la libertad condicional a los condenados que no lo hayan sido por delitos contra la libertad

¹⁶⁰ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., Invesbreu Criminología, núm. 25, 2003, pp. 4 ss.

¹⁶¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 784.

¹⁶² De conformidad con lo establecido en el art. 72.5 de la LOGP: “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales...”.

¹⁶³ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 785.

¹⁶⁴ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., p. 73.

¹⁶⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 786.

sexual, que cumplan su primera condena, cuando la pena no supere los tres años. Además, han de haber extinguido la mitad de dicha pena y cumplir los requisitos del apartado 1, entre los que se halla haber satisfecho la responsabilidad civil, que como se ha comentado, puede propiciarse también a través de la mediación.

En el apartado octavo del mismo art. 90 CP se aborda la obtención de la libertad condicional en caso de personas condenadas por delitos de terrorismo. En estos supuestos se exige, además de los requisitos que corresponda en cada caso, signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y haber colaborado activamente con las autoridades. Esta colaboración puede de ser, ya bien para impedir la producción de otros delitos, o bien para atenuar los efectos de su delito... *“lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”*.

En este tipo de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales no son aplicables las vías de acceso adelantado y excepcional a la libertad condicional de los apartados 2 y 3 del art. 90 CP. Una mediación voluntaria libremente aceptada entre la víctima y el autor del delito podría contribuir a que la víctima (directa o indirecta) superarse el dolor, la frustración y la ira por el daño sufrido. Le permitiría recibir explicaciones más que justificación de los hechos para ayudarla a comprender lo sucedido y a seguir adelante. Para el autor, encontrarse cara a cara ante su víctima o sus familiares y enfrentarse no solo al castigo institucional, sino, significativamente al dolor real, al sufrimiento de la víctima que él causó, puede suponer un revulsivo que posiblemente motive una reflexión más profunda y personal que muchos años de condena, retroalimentando rabia, ánimo de revancha, argumentos autojustificativos y actitudes reactivas frente al “sistema” o frente a la misma sociedad.

Debe destacare aquí el valor de los encuentros restaurativos realizados durante los años 2011 y 2012 entre victimarios y víctimas de ETA, mayoritariamente indirectas (familiares de las víctimas fallecidas). Estos encuentros han sido relatados por los propios mediadores. Entre ellos PASCUAL RODRÍGUEZ que como coordinadora destaca los dos principales objetivos del libro que documenta tales encuentros: *“Dar a conocer que el*

*encuentro dialogado interpersonal entre los que han causado sufrimiento injusto y quienes lo han padecido es una posibilidad real y factible, cuyos resultados son enormemente satisfactorios para ambos participantes... y que en ese sentido la reconciliación, a través de mecanismos como el encuentro individual es posible y deseable en sociedades tan heridas”*¹⁶⁶. El segundo objetivo va dirigido a los estudiosos de la mediación penal y de la JR, a los que quiere mostrar que los encuentros restaurativos son aplicables incluso en delitos de extrema gravedad¹⁶⁷. Llama poderosamente la atención la predisposición de los protagonistas de estos encuentros y, en especial, de algunas víctimas que ya desde la primera reunión manifestaron su voluntad de participar sin necesidad de reflexionarlo: *“siempre había ansiado una oportunidad así”, “era algo que siempre había tenido en mente y que quería hacer”*¹⁶⁸.

Volviendo al CP, en su art. 91 se abren vías de acceso excepcional y privilegiado a la libertad condicional en supuestos particulares: cuando el reo haya cumplido o vaya a cumplir 70 años durante el cumplimiento de la condena o se trate de un enfermo muy grave con padecimientos incurables, y así quede acreditado mediante informes médicos, el Juez de vigilancia penitenciaria podrá autorizar la libertad condicional. Se requiere cumplir los requisitos comentados anteriormente, exceptuándose la extinción de las tres cuartas partes o la de las dos terceras partes de la condena. En estos supuestos la libertad condicional se avanza únicamente en consideración al deterioro de las condiciones vitales del interno, la dificultad para delinquir de nuevo y la escasa peligrosidad que se le presupone al sujeto que se encuentra en tal condición. También en estas situaciones ofrecer una opción mediadora puede favorecer el regreso a la vida en sociedad del penado y una mejor aceptación por parte de la víctima a la que se le reconoce su papel y la oportunidad de reivindicarlo frente al victimario.

Con relación al derecho de gracia, SANTANA VEGA¹⁶⁹ recuerda que se trata de una institución muy antigua, conocida por las culturas más primitivas y aplicada

¹⁶⁶ PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro*, cit., p. 12.

¹⁶⁷ PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro*, cit., p. 14

¹⁶⁸ PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro*, cit., p. 130

¹⁶⁹ SANTANA VEGA, D.M., “Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)”, REDC, núm.108, 2016, p. 53.

frecuentemente durante la Edad Media y posteriormente por los monarcas absolutistas como una manifestación más del monopolio de su derecho a impartir justicia. Esta misma autora especifica que dicho derecho de gracia se ha materializado a través de dos instituciones: por una parte, la amnistía que, al no estar contemplada ni en la CE ni en el CP su vigencia plantea dudas, y por otra los indultos clasificados en generales (expresamente prohibidos por el art. 62.i de la CE) y los particulares. La única modalidad del derecho de gracia recogida por nuestro CP es el indulto particular como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.4). El indulto puede extinguir la pena de forma total o parcial, pero no sus efectos (antecedentes penales, responsabilidad civil, consecuencias accesorias, costas procesales). El indulto solo es aplicable al sistema penal, por tanto, no es extensible al Derecho administrativo sancionador o disciplinario¹⁷⁰.

SANTANA VEGA se manifiesta abiertamente en contra de este derecho de gracia por considerarlo anacrónico y que vulnera varios principios consitucionales como la división de poderes, al otorgarle al poder ejecutivo unas facultades que son propias y deberían ser exclusivas del poder judicial. Señala además la disfunción que supone que el poder ejecutivo pueda conceder el indulto por motivos de interés político o meramente coyunturales. Otras razones que alega esta autora para rechazar dicha institución son, entre otras, la prohibición de arbitrariedad, la defensa de la legalidad penal o del principio de igualdad¹⁷¹. Desde este trabajo entendemos que, si el indulto puede facilitar una reducción del cumplimiento de la pena de prisión por motivos que puedan considerarse razonables, humanitarios, socialmente aceptables que promuevan la prevención especial sin vulnerar la general y estén tasados por ley, puede significar una vía más para reducir o contener la pena privativa de libertad. Siempre que no suponga la aplicación de motivos espurios o de intereses políticos partidistas o electoralistas, que no vulnere el principio de igualdad de todos los ciudadanos, que no provoque alarma social y que se aplique con las debidas garantías.

¹⁷⁰ SANTANA VEGA, D.M., REDC, núm.108, 2016, p. 54.

¹⁷¹ SANTANA VEGA, D.M., REDC, núm.108, 2016, pp. 55 ss.

El indulto supone pues, una manifestación concreta del llamado derecho de gracia que puede extinguir la responsabilidad penal¹⁷². Mediante el indulto, el Estado titular del *ius puniendi* renuncia a su ejercicio efectivo en determinados casos particulares. Se inspira en el principio de humanidad. Sus fundamentos de política criminal hacen referencia al principio de necesidad de la pena, destacando especialmente, la no necesidad de la pena respecto a las personas rehabilitadas. Se pondera también el conflicto entre el interés del Estado en la ejecución de la pena y el interés también del Estado y de la sociedad en que esta ejecución no produzca más perjuicios que beneficios. En algunos casos la concesión de un indulto particular durante la ejecución de la pena puede ser un instrumento muy adecuado para la resocialización efectiva del penado que siente que se le abre una nueva oportunidad de reincorporarse a la sociedad. Supone la posibilidad de intervención del poder ejecutivo en la esfera del *ius puniendi*, quedando como un vestigio del pasado y apareciendo como un elemento distorsionador de la separación de poderes propia del Estado de Derecho. Por ello MIR PUIG defiende que la concesión general de la gracia y la valoración de su conveniencia política deberían estar reservados al Parlamento, y su ejercicio en casos concretos al Poder Judicial con algún posible control por parte del poder Legislativo¹⁷³.

El indulto presupone la existencia de una sentencia firme y su concesión puede dar lugar a la remisión completa o parcial de la pena impuesta. Los aspectos materiales y procedimentales para su ejercicio están regulados en la Ley de 18 de junio de 1870. Norma que establece reglas para el ejercicio de la gracia de indulto y que posteriormente fue modificada por Decreto de 22 de abril de 1938, por la Ley 1/1988 de 14 de enero y por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Esta última añade una disposición adicional, según la cual el Gobierno remitirá semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Con lo cual se pretende que este derecho de gracia pueda ser controlado, o al menos revisado por el Poder Legislativo.

Cuando las características concurrentes y, en especial, las circunstancias personales del penado hagan innecesaria o incluso contraproducente la ejecución de la pena, sin que

¹⁷² MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 796.

¹⁷³ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, cit., p. 796.

cause alarma social, ni sea en detrimento de la prevención general, la reparación puede significar una respuesta óptima. La actuación reparatoria del preso, a favor de la víctima, contando con su participación y voluntad, gestionada a través de un proceso de mediación, puede ofrecer un argumento sólido y concreto para demostrar la innecesariedad de la pena y el esfuerzo del penado para paliar el daño producido y fundamentar o reforzar así la petición de indulto.

Puede presentar la solicitud de indulto el penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito (art. 19 L.I) y también el mismo Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo, o el Fiscal (art. 20 L.I). Las solicitudes de indulto han de ser informadas por el Tribunal sentenciador y deberán ser escuchados el Ministerio Fiscal y el ofendido (arts. 24, 25 y 26 de la Ley). La resolución, concediendo o denegando el indulto particular es competencia del Consejo de Ministros que deberá acordarla mediante decreto motivado que se publica en el BOE (art. 30 de la Ley). El art. 206 RP establece que sea la Junta de tratamiento la que, previa propuesta del equipo técnico solicite del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación del indulto particular en la cuantía que aconsejen las circunstancias¹⁷⁴. Los destinatarios de este beneficio podrán ser los penados en quienes concurren de un modo continuado, durante mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas o algunas de las siguientes circunstancias: buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal, ya sea en el establecimiento o en el exterior, que pueda ser considerada como útil para su vuelta a la vida en libertad y participación en las actividades de reeducación y reinserción social. Como se ha subrayado anteriormente, una mediación con la finalidad de compensar a la víctima puede ser la plasmación más evidente y efectiva del concepto inconcreto de “buena conducta” y del esfuerzo realizado para reparar a la víctima, lograr su reinserción y facilitar su plena reintegración en la sociedad.

Por tanto, en todas estas instancias (obtención del tercer grado, libertad condicional e indulto) ideadas para humanizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad es posible y recomendable ofrecer opciones de JR y en concreto la mediación. Su finalidad es claramente reparatoria y persigue acordar el contenido de la responsabilidad civil,

¹⁷⁴ GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado*, cit., p. 94.

expresar el arrepentimiento y poder formular la petición de perdón hacia la víctima, a la vez que supone una oportunidad de reflexión y de cambio para el penado.

La mediación puede llevarse a cabo tanto de manera directa como indirecta. De forma directa supondría el encuentro físico entre el penado a privación de libertad y la víctima o perjudicado, acompañados por el mediador. En la realizada a través de la comunicación indirecta sin coincidir en un mismo espacio físico, el mediador actuaría como puente de conexión entre las necesidades, las posibilidades y los intereses de ambas partes. En muchas ocasiones se combinan los encuentros directos con contactos indirectos a través de cartas o de otro tipo de comunicación entre la persona mediadora y la víctima o el condenado. Estos contactos previos suelen tener la finalidad de preparar o hacer posible el encuentro posterior o el abordaje inicial de las expectativas, necesidades y posibilidades de ambas partes.

En caso de mediación directa, debería llevarse a cabo, preferiblemente, en un entorno neutral que garantizase la seguridad, la confidencialidad y la tranquilidad de la víctima. A ser posible en un espacio exterior al centro penitenciario, o de lo contrario, en dependencias adecuadas para entrevistas del propio centro en las que la víctima pudiese sentirse cómoda y segura. En principio no tiene por qué ser necesariamente contraproducente que la víctima, si lo acepta, se desplace y conozca o se sitúe en el entorno carcelario en el que vive el ofensor, siempre que la mediación se desarrolle en un espacio digno y adecuado a tal finalidad. La mediación, su inicio, su continuación y finalización, es como siempre de carácter totalmente voluntario para ambas partes, por tanto, es la suma de ambas voluntades la que da inicio a la mediación, y la voluntad de cada uno la que puede finalizarla en todo momento.

Respecto a la figura del mediador, su adscripción puede articularse de varias maneras. Puede que sean uno o varios miembros del equipo técnico del centro penitenciario, especialmente formados y preparados para desarrollar esta intervención mediadora. O proceder de un equipo mediador experto y externo que sería aconsejable perteneciese a un organismo o corporación pública vinculada o relacionada con la Administración de Justicia para garantizar su completa imparcialidad y neutralidad, tanto durante toda su

actuación como posteriormente en la plasmación del posible acuerdo. La experiencia realizada en Cataluña por parte del Equipo de Mediación y reparación del Departament de Justícia, dependiente de la Dirección General de Ejecución Penal en la Comunidad y de Justicia Juvenil, responde al modelo de un equipo mediador multidisciplinar formado por expertos especializados en intervenciones mediadoras. Su actuación técnica depende de la Administración de Justicia autonómica (no así su adscripción laboral) y está preparado para realizar mediaciones tanto de forma previa a la sentencia como post sentencia en la etapa de cumplimiento de la pena privativa de libertad¹⁷⁵.

3.9. El binomio reparación-mediación y la reparación en la LECrim y en el Estatuto de la Víctima

La LECrim contempla la necesidad de celebrar un acto de conciliación previo, tanto en el caso de delitos de injurias y calumnias contra particulares como en aquellos que solo pueden ser perseguidos a instancia de parte (excepto los de violación y rapto)¹⁷⁶.

El título IV de la LECrim regula el procedimiento aplicable en el caso de delitos de injuria y calumnia contra los particulares. Su art. 804 refuerza el sentido del mencionado art. 278, estableciendo lo siguiente: “*No se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares, si no se presenta certificación de haber celebrado, el querellante acto de conciliación con el querrellado, o de haberlo intentado sin efecto*”. Como vemos, se requiere la acreditación de haber celebrado un acto de conciliación entre querrellado y querellante. En estos supuestos penalmente leves¹⁷⁷, el inicio de una mediación sería personal y jurídicamente útil en todo caso. Si la mediación finaliza con compromisos asumidos entre ambas partes, puede cerrar el proceso judicial a satisfacción de todos, ya que el acuerdo supone una respuesta positiva consensuada a las inquietudes, discrepancias, necesidades y peticiones de las partes y, especialmente, de la persona que

¹⁷⁵ Departamento de Justicia, Generalitat de Catalunya, *La Mediació i reparació penal* (en línea: http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/mediacio/mediacio_penal/la_mediacio_penal/) pp. 1 y ss.

¹⁷⁶ El artículo 278 LECrim establece lo siguiente: “*Si la querrela tuviere por objeto algún delito de los que solamente puedan perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o rapto, acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querrellado*”.

¹⁷⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., p. 4

se siente perjudicada¹⁷⁸. La no continuación del proceso evita un desgaste tanto personal como material para los afectados y supone contribuir a una reducción del esfuerzo público, de dedicación y de tiempo de jueces, fiscales y de toda la oficina judicial que puede invertirse en otros supuestos posiblemente más complejos y penalmente más graves. Si, por el contrario, la mediación no consigue conducir a las partes hasta un compromiso mutuo, el acto de mediación realizado sin éxito puede acreditar el intento de conciliación necesario para la admisión de la querrela y, por tanto, dar cumplimiento a esta condición de procedibilidad.

Estos artículos conservan su contenido después de la reforma introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado, y la Ley Orgánica 8/2002 complementaria de la Ley anterior y también después de la modificación introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre. La innovación más importante de la LECrim, desde los parámetros de la JR y la mediación fue la introducida por la LO 1/2015, en su DF segunda apartado octavo, que modificó varios artículos del Libro IV de la LECrim, empezando por su propia rúbrica, que pasó a ser “*Del procedimiento para el juicio de delitos leves*”, adaptándose así a la desaparición de las faltas de nuestro sistema penal. Esta reforma afecta a los arts. 962.1, 963, 964, 965.1, 966, 967.1, 969.2, 971, 973.2 y 976.3 LECrim, aunque no altera el diseño general del anterior juicio de faltas que mantiene sus características de oralidad y concentración, así como las tres modalidades de tramitación que regían para el enjuiciamiento de las faltas desde que entró en vigor la Ley 38/2002. Tal como señala la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015: “*la innovación de fondo auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento -y solo en él- del principio de oportunidad reglada, con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible, el enjuiciamiento de hechos típicos, materialmente intrascendentes*”. En dicha circular, se señala que esta medida complementa la reducción de tipos penales leves que se ha efectuado en el CP

¹⁷⁸ GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X., “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del Sistema Jurídico?”, RJR, Sociedad científica de Justicia Restaurativa, núm. 2, 2012, p. 18.

con el fin de aligerar la carga burocrática que representaba la tramitación y el enjuiciamiento de las faltas. Esta reforma refleja claramente un objetivo despenalizador y la voluntad de desjudicializar las infracciones más leves¹⁷⁹.

Para cerrar este epígrafe relativo a la LECrim, VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ recuerdan la elaboración del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el borrador de Código Procesal Penal de 2013. Ambas propuestas de nueva ley procesal penal contenían sendas regulaciones en materia de mediación en el ámbito penal, aunque finalmente no llegaron a ser aprobadas¹⁸⁰. El Anteproyecto de reforma de la LECrim incluía un capítulo dedicado a la mediación con una regulación bastante detallada, totalmente inédita en nuestra legislación penal de adultos, reconociendo y regulando diversas consecuencias jurídicas a los acuerdos de mediación. Esta propuesta, finalmente no fue incorporada en la reforma de la LECrim efectuada por la LO 1/2015, aunque tal incorporación hubiera sido muy deseable. En palabras de VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ debería contemplarse la introducción de la mediación y de otros mecanismos de JR como complemento al proceso penal en el marco de una necesaria reforma global del proceso penal en nuestro país¹⁸¹.

A falta de la aprobación de una regulación procesal penal expresa para la mediación, el CGPJ, con la colaboración de expertos, ha redactado “*La Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*” que contiene los protocolos de derivación a mediación en las distintas jurisdicciones. En el Protocolo de derivación relativo al ámbito penal se señala que “*un sistema de Justicia eficaz y eficiente precisa de la implementación de servicios de mediación en los Tribunales españoles. Es una necesidad para abandonar la Justicia decisionista y pasar a la Justicia reparadora, para minimizar los impactos negativos de tiempo, coste económico y costes emocionales que los enfrentamientos judiciales producen en los ciudadanos y para agilizar el crédito retenido en las largas contiendas*

¹⁷⁹ Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, pp. 2 s.

¹⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, cit., p. 204.

¹⁸¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, cit., p. 204.

judiciales”. Este Protocolo de derivación en el ámbito penal, contempla las actuaciones recomendables desde la selección de casos derivables a mediación, pasando por la forma, fases procesales y circuitos de derivación, hasta su evaluación y control por el propio CGPJ. Enumera también las garantías que deben darse “*para respetar los parámetros indeclinables del proceso debido*”¹⁸², y las ventajas que ofrece el nuevo modelo de JR como complemento al proceso judicial.

En epígrafes anteriores se ha mencionado la trascendencia de 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. El contenido de esta Directiva implica la obligación de asumir sus postulados por parte de los Estados miembros de la UE. Para darle cumplida respuesta en España se aprobó la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito. Es importante mencionarla en este trabajo ya que, por primera vez en nuestro país, su art. 15 contempla la existencia de los servicios de JR (dando por hecho que existen y funcionan de forma generalizada...), reconociendo el derecho de las víctimas a acceder a ellos en los términos que reglamentariamente se establezcan “*con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito*”.

Este mismo artículo recoge una serie de requisitos de acceso que deben ser tenidos en consideración y que van desde el reconocimiento de los “*hechos esenciales*” por parte del infractor, hasta el consentimiento necesario para la participación, tanto de la víctima como del infractor, o la suma importancia de garantizar la seguridad de la víctima en todo momento. Se protege también la confidencialidad de lo tratado dentro del espacio de la mediación, el secreto profesional de las personas mediadoras y de otros profesionales que puedan intervenir y la voluntariedad de ambas partes desde el principio hasta el final de la mediación. Se establece también que el proceso restaurativo no ha de estar prohibido para el delito de que se trate (a diferencia de lo establecido en la Directiva 2012/29/UE,

¹⁸² CGPJ, “Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial”, editada por el CGPJ (en línea: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>), p. 93.

que no contempla esta limitación). En este momento en España la única prohibición existente en este sentido es la aplicación de la mediación a los casos de violencia de género según la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La ley remite el proceso de mediación a su desarrollo reglamentario que se ha producido a través de los arts. 19 y 37 del RD 1109/2015 que atribuyen a las Oficinas de Atención a la Víctima (OAV) el cometido de informar a las víctimas de las medidas de JR, y también de proponer al órgano judicial la aplicación de estos mecanismos cuando lo consideren beneficioso para la víctima. Según lo dispuesto en dicha norma, estas Oficinas deben llevar a cabo actuaciones de apoyo a los servicios de mediación, aunque no se indica cuáles son, ni se regulan las condiciones, ni la forma, ni el momento procesal de la derivación de los casos. Por ello, VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ opinan que la implementación de los procesos de JR en la legislación española sigue siendo insuficiente, al limitarse únicamente a indicar los requisitos que deben cumplirse para derivar los casos a mediación y quien ha de hacerlo (las OAV). Pero no se dice nada acerca del momento procesal de la derivación, ni del procedimiento para derivar, ni de los efectos que pueda producir el acuerdo restaurativo en el proceso penal, ni de como supervisar su cumplimiento. Tampoco se hace mención alguna a las características o bien a la formación que debe requerirse a la persona mediadora para integrarse como profesional en estos servicios. Por otra parte, se menciona únicamente la mediación, ignorando la posibilidad de aplicar otros métodos de JR¹⁸³.

VILLACAMPA ESTIARTE / CEREZO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ GUTIÉRREZ consideran que con esta regulación se van a sobrecargar las Oficinas de Atención a la Víctima con obligaciones relativas al proceso de mediación, cuando en la mayoría de los países europeos quien asume la función de derivar o proponer la derivación es el ministerio público. finalmente, dichas autoras critican que se mantenga la prohibición legal de la mediación en los supuestos de violencia de género, incluso tras la aprobación del Pacto

¹⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M, *Introducción a la victimología*, cit., p. 205

de Estado contra la violencia de género de 2017 y desoyendo la opinión mayoritaria de los especialistas¹⁸⁴.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el ámbito juvenil, veíamos como el proceso de mediación puede suponer para el joven una importante experiencia de aprendizaje y de educación hacia la responsabilidad. Si la experiencia vivida es además sentida (la implicación emocional es una condición básica para adquirir conocimientos duraderos), el menor podrá integrarla en su proceso de maduración y convertirla en una vivencia que reforzará su personalidad. Se contribuye así, más que con un simple castigo, a un proceso de maduración y de adecuación personal del menor a las pautas sociales imperantes que le permitirán llevar una vida en armonía con los esquemas socio-normativos vigentes y aceptados generalmente. Con ello puede evitar por propio convencimiento, la reincidencia en conductas antisociales y antijurídicas, que además de dañar a personas concretas, perjudican su propio desarrollo personal y su inserción satisfactoria en el seno de la sociedad en la que se desenvuelve.

Cuando un joven escoge esta vía mediadora se compromete a afrontar una situación que tiene que asumir y arreglar, ha de ofrecer una versión coherente de los hechos, dar el primer paso para solucionar el conflicto para que la víctima pueda apreciar que realmente asume su responsabilidad¹⁸⁵. Con todo ello se contribuye al proceso evolutivo y de maduración del menor, alejándolo de actitudes y actividades delictivas, y además se beneficia a la sociedad, reduciendo el riesgo de repetir conductas no deseables, integrando al joven en su propio entorno familiar y social.

Respecto a la víctima, a través de la mediación recupera la palabra y su protagonismo ante el menor. En el espacio de mediación tiene la oportunidad de ser escuchada, de manifestar aquello que desea exteriorizar para sentirse mejor, tiene la ocasión de recibir una respuesta a sus preguntas, a sus “por qué” y a sus necesidades reales. La víctima ha

¹⁸⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M, *Introducción a la victimología*, cit., pp. 205 y 206.

¹⁸⁵ GIMENO VIDAL, R. / NOGUERAS MARTÍN, A., RES, núm. 15, julio, 2012, p. 7.

protagonizado pasiva e involuntariamente el hecho delictivo cometido por el menor, la mediación le ofrece la posibilidad de ser considerada, no solo como testigo, sino como protagonista activa en la búsqueda de una solución. Se ha comprobado que cuando las consecuencias del hecho delictivo han afectado seriamente a la víctima, ser atendida, escuchada y comprendida, le permite relajar la tensión y aliviar su ansiedad. Alguien, el mediador, se interesa por ella y por su vivencia, la atiende, reconoce su sufrimiento y le ofrece participar directa y libremente en una posible vía de solución y no meramente de aceptación por ser el causante un menor. En la mayoría de las ocasiones, poder manifestar lo que vivió y cómo lo vivió, comprobar el cambio de actitud del joven y escuchar un compromiso de futuro es lo que realmente compensa a la víctima y le ayuda a superar su sensación de temor, de menosprecio y desasosiego. En muchos casos, la víctima adulta, ante un menor infractor que le ofrece unas disculpas honestas, reacciona de forma que no reclama tanto el castigo, sino que se interesa más en contribuir a favorecer su desarrollo positivo e integrador. En definitiva, como señala DÜNKEL, la JR supone todo un cambio de paradigma, tanto en el Derecho penal de adultos como en el Derecho penal juvenil¹⁸⁶.

Precisamente, respecto a la mediación en el Derecho penal de adultos, podríamos concluir que llegó adoptando, inicialmente, un modelo basado en el buen funcionamiento de las experiencias con menores, pero que, a lo largo de estos más de 24 años de aplicación intermitente en España, ha ido evolucionado y desarrollando un modelo propio. La influencia de la normativa europea ha sido muy importante en esta implantación lenta pero progresiva, ya que ofreció una primera cobertura y sobre todo brindó argumentos de “auctoritas” a las primeras experiencias de mediación en los delitos cometidos por adultos. Aunque hasta la reforma de 2015 nuestro CP no mencionaba la textualmente la mediación, ésta pudo empezar a funcionar en la práctica en base a las referencias a la reparación a la víctima y las consecuencias jurídicas que se le atribuyeron en el propio CP. De esta forma la mediación se convirtió en un instrumento para facilitar dicha reparación. Actualmente continúa siendo un instrumento muy importante para acordar y hacer efectiva la reparación a la víctima y ha encontrado su reconocimiento literal en el

¹⁸⁶ DÜNKEL, F., “*Restorative Justice in Penal Matters in Europe*”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (Dir.), SOLETO MUÑOZ, H. / VARONA MARTÍNEZ, G. / PORRES GARCÍA, I. (Eds.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 135.

art. 84.1 del CP y en el art. 15 la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, que va más allá de la mediación y contempla los Servicios de JR.

La regulación del Estatuto de la Víctima supone la primera referencia en un texto legal español a los Servicios de JR, que posteriormente se ha desarrollado con mayor detalle en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAV). Por supuesto faltaría una regulación más detallada de la mediación, de su funcionamiento, de su estructura, de su incidencia en el proceso penal y de las consecuencias de su resultado. Pero se trata, sin duda de un paso importante para consolidar en nuestro país, no solo la implantación de la mediación a nivel general, sino también para fomentar el reconocimiento de un nuevo modelo de respuesta ante el delito basado en los principios de la JR.

CAPÍTULO IX.
**PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* EN TORNO A LA MEDIACIÓN Y A LA
JUSTICIA RESTAURATIVA**

1. INTRODUCCIÓN

En este epígrafe se expone, a modo de propuesta, un conjunto de medidas, orientaciones, sanciones, previsiones, garantías e instrumentos que se considera deberían integrar un nuevo modelo de Derecho penal, que incorporase, en todos aquellos puntos en que fuese posible y útil, los principios, fundamentos y recursos propios de la JR, en cuyo marco referencial se sitúa la mediación. Se trata de un modelo que parte de una perspectiva holística, con beneficios a medio y largo plazo, de cariz básicamente integrador y preventivo, más inspirado en los objetivos de reparar, responsabilizar, proteger, prevenir y ser útil para las personas que en la finalidad de ofrecer únicamente una respuesta punitiva de efecto inmediato para castigar lo irremediable.

Como ya se ha expuesto, el Derecho penal actúa ante un hecho lesivo, cuya nocividad se entiende que va más allá del daño estrictamente personal y de ahí el interés social en evitarlo y perseguirlo. En estos supuestos, nuestro Derecho penal actual implica la reacción del mismo Estado, a través de los órganos correspondientes y resta protagonismo o incluso suple la propia capacidad de decidir de la víctima o del perjudicado. Si nos situamos ante una actuación que puede considerarse como perjudicial para las personas, merecedora de una reacción preventiva-punitiva específica, en primer lugar, deberíamos valorar su lesividad y la peligrosidad del autor detectable a través del hecho cometido, de su intencionalidad y de sus características. Posiblemente a partir de ese análisis inicial del caso y de las circunstancias personales concurrentes, podríamos determinar varias formas de reacción, que no han de ser necesariamente monolíticas y uniformes para todos, con pleno respeto a los principios y garantías propias del Derecho penal¹.

Esta respuesta diversificada se articularía en una reacción apropiada a cada caso, que potenciaría la mediación o la aplicación de un círculo, una conferencia u otro método de

¹ GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X., RJR, núm. 2, marzo, 2012, p. 6.

JR, como vía de participación voluntaria y directa de los propios implicados en la gestión de parte de las consecuencias del delito² que facilitaría, en primer lugar, la reparación del daño. El resultado de la mediación o del método aplicado, actuaría, en algunas ocasiones (en delitos menos graves) como vía alternativa o sustitutiva de la vía penal (*diversion*) y en otras como complemento o elemento matizador o atenuante de la pena, que posibilitaría la adaptación del procedimiento penal a las necesidades del caso concreto. La mediación sería aplicable en distintos momentos y por tanto quedaría integrada en diferentes niveles de actuación.

2. LA MEDIACIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTOS CENTRALES EN LA INTERVENCIÓN COMUNITARIA

El modelo que se propone parte de una respuesta diversificada y tendría en la base de su estructura un eficaz sistema de gestión dialogada de conflictos comunitarios que actuase de forma temprana y preventiva en todo asunto de gravedad menor. Esta intervención sería previa a la vía judicial en la misma línea de despenalizar las conductas tipificadas como faltas que ha introducido la LO 1/2015 de 30 de marzo. Este sistema estaría basado, en la aplicación prioritaria de la mediación y otras formas de JR. Métodos como los “*conferencing circles*”, “*family circles*”, círculos de paz, círculos de sentencia, etc. están dando muy buenos resultados en la práctica, especialmente en los conflictos comunitarios. El método se escoge, en cada caso, en función de sus características concretas, de las necesidades concurrentes, del número de personas involucradas y de su contexto. Como destaca VALL RIUS, lo fundamental es que el sistema restaurativo que se elija sea vivido por los participantes como un proceso justo, que permita a todos sentirse integrados, escuchados, reconocidos y que sus aportaciones, opiniones, necesidades e intereses sean tenidas en consideración en la gestión del problema³.

² VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, p. 11.

³ VALL RIUS, A., “Las prácticas restaurativas en las relaciones ciudadanas. Multiculturalidad y organizaciones complejas” en SCHMITZ, J. / VALL RIUS, A. / RUIZ SÁNCHEZ, G. / CANTÓ OLIVER, P. (Coords.), *Manual de Prácticas Restaurativas*, Escuela Española de Mediación y Resolución de Conflictos, UDIMA y Logos Media, Madrid, 2020, pp. 440 ss.

Como ejemplo o precedente internacional, siguiendo a MCCOLD, puede mencionarse el Instituto para la Mediación y Resolución de Conflictos (*Institute for Mediation and Conflict Resolution*) IMCR que inició sus actividades en 1969, gracias a una beca de la Fundación Ford para mediar en los conflictos interpersonales y conflictos en la Comunidad. En 1970 el IMCR formó mediadores y realizó mediaciones en conflictos que involucraban a propietarios e inquilinos, comerciantes y consumidores, universidades y estudiantes de Nueva York. En 1972 empezó a ofrecer servicios a las comunidades de color en temas con trasfondo racista y en 1975 el IMCR abrió el primer Centro Comunitario de Resolución de Conflictos en la ciudad de Nueva York, para abordar los conflictos interpersonales fuera de los Tribunales.⁴

En España los Servicios de Mediación Ciudadana o Comunitaria tienen ya una notable tradición, especialmente en Cataluña, tal como se describe en el Libro Blanco de la mediación de Cataluña y actualmente son muchos los que funcionan satisfactoriamente en un considerable número de municipios y comarcas de todo el país.⁵

Este sistema se organizaría articulando un Servicio de JR que podría estar integrado dentro de las estructuras de la Administración local (ya fuese a nivel municipal o comarcal). Sería recomendable que estos servicios contasen con el apoyo técnico o supervisión, directa o indirecta de la Administración autonómica o provincial. Así se contribuiría a la creación de una red homogénea de servicios de ámbito autonómico en colaboración con los distintos municipios. En todo caso, debería ofrecerse como servicio estable y gratuito a disposición de todos los ciudadanos de cada municipio. Si por cuestiones presupuestarias no pudiese garantizarse a todas las poblaciones, podría ubicarse de forma estable en aquellas poblaciones que superasen un número mínimo de habitantes (por ejemplo 5.000) y en aquellas que fuesen cabeza de partido judicial, desde

⁴ MCCOLD, P., “La Historia reciente de la Justicia Restaurativa. Mediación, círculos y conferencias” en RDyS, núm. 35, 2º semestre de 2013, p. 12.

⁵ CASANOVAS, P. / MAGRE, J. / LAUROBA, E. (Dir.), *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011 (en línea: http://justicia.gencat.cat/web/content/documents/publicacions/libres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf), pp. 373 y ss.

las que debería abrirse el servicio a los ciudadanos de las demás poblaciones del mismo partido judicial que no tuviesen un servicio propio y estable.

Este servicio de gestión dialogada y voluntaria de conflictos intervendría, especialmente en aquellas situaciones conflictivas de ámbito vecinal o comunitario, intercultural, familiar y otras que pudiesen surgir en el seno de la comunidad y no revistiesen una elevada gravedad. La intervención del servicio se produciría tanto a iniciativa o solicitud directa de las partes, como por derivación de servicios sociales, de la policía, del Juez de paz, del Fiscal o incluso del Juez que instruyese el caso, cuando se hubiese iniciado ya la vía judicial y el Juez o el Fiscal considerasen más apropiado remitirlo a mediación o a cualquier otro método restaurativo fuera de la vía propiamente judicial. La instauración de estos servicios permitiría descongestionar, en gran medida, los juzgados de instrucción, que muchas veces, se ven saturados por la enorme cantidad de casos “*bagatela*” y denuncias que, a pesar de su escasa entidad penal, necesitan igualmente una respuesta. Supondría, por tanto, una forma de contribuir a reducir esa tendencia social y culturalmente negativa, de judicializar en exceso los conflictos, ofreciendo otra vía que potenciase su gestión y resolución, de forma más social y pacífica, buscando una solución más efectiva y adaptada a su realidad y entorno social, que no meramente jurídica⁶.

Estos servicios podrían asumir un gran número de casos que ahora entran directamente a la vía judicial o que son teóricamente desviados a la vía administrativa tras la reforma de la LO 1/2015. Este traspaso presentaría una doble ventaja: en primer lugar, agilizaría la función de las oficinas judiciales al permitir que la actividad judicial se concentrase en aquellos supuestos de auténtica relevancia penal y, en segundo lugar, supondría una respuesta mucho más cercana y adecuada a las necesidades reales y problemáticas concretas que presentan estas situaciones. Debe tenerse en cuenta que, en los conflictos y denuncias de orden vecinal y convivencial, una sentencia a favor de uno u otro difícilmente resuelve el conflicto, ya que casi siempre, ambas partes se sienten más perjudicadas y víctimas que responsables del perjuicio ocasionado y, en consecuencia, suelen presentar denuncias cruzadas entre ellas. En estos casos, ser acusado y luego sancionado con una sentencia desfavorable, por pequeña que sea la sanción, se vive con

⁶ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Coords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbreu Criminología*, núm. 25, 2003, p. 90.

tal sentimiento de injusticia, frustración y rabia que incluso puede contribuir a prolongar el conflicto y a elevar el grado de conflictividad y agresividad. La mediación comunitaria, como asevera MCCOLD, precisamente fue impulsada por las primeras teorías sobre la restitución, en la línea propuesta por RANDY BARNETT en 1977 de la Universidad de Harvard, que proponía un “*paradigma de justicia basado en la pura restitución sin intención punitiva*”⁷. Este tipo de conflictos se convierten fácilmente en endémicos, escalan y se expanden con el paso del tiempo, creando adeptos y contrarios a cada una de las partes enfrentadas y contribuyendo, por tanto, a su perpetuación y a una mayor fractura social. Una actuación de tipo meramente punitivo, en estos casos, puede agravar la confrontación y ser totalmente contraproducente en la práctica.

A esta actividad dirigida, directamente, a pacificar las relaciones vecinales en caso de conflicto ya iniciado debería sumarse el fomento de otro tipo de actividades preventivas, orientadas, precisamente a evitar la producción de nuevos conflictos. El fomento de actividades lúdicas, deportivas y formativas dirigidas especialmente a los más jóvenes, evitarían o minimizarían la realización de otro tipo de actividades que pudiesen suponer su acercamiento a ambientes propiciatorios o estimuladores de la delincuencia. Esta línea de intervención comportaría potenciar, especialmente, aquellas zonas más depauperadas, en las que el porcentaje de personas que acaban delinquir es susceptiblemente superior. La revitalización de estos barrios debe pasar por dotarles de infraestructuras apropiadas (instalaciones deportivas, sociales, lúdicas, talleres ocupacionales...) y de equipos sociales preparados y financiados adecuadamente, para diseñar y desarrollar planes específicos de intervención, que incluirían las actividades mencionadas, programas ocupacionales, estudio y diseño de planes de promoción económica de la zona y programas de apoyo dirigidos a las familias y a las personas más necesitadas.

Estos planes y servicios supondrían destinar recursos económicos para la promoción social y cultural de estas zonas. Pero a cambio mejorarían la calidad de vida de las personas residentes en estos barrios, promovería la formación de los más jóvenes, su integración, una igualdad de oportunidades real, abriría nuevas expectativas de futuro y les ayudaría a ser económicamente suficientes, implicando a no muy largo plazo, una

⁷ MCCOLD, P., RDyS, núm. 35, 2º semestre de 2013, pp. 12 ss.

reducción del número de personas implicadas en actividades delictivas e ingresadas en prisión. Con ello se incrementaría la seguridad ciudadana general, consiguiéndose en definitiva un impacto positivo, no solo en el barrio concreto en el que se haya actuado, sino en todo el conjunto urbano y tanto desde el punto de vista social, como ético, cultural y económico.

3. LA MEDIACIÓN EN EL INICIO DE LA VÍA JUDICIAL: LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Descartada la opción de gestinar el conflicto fuera de la vía judicial del punto anterior, por tratarse de un acto de mayor gravedad, o por desconocimiento de las partes, una vez formulada ya la denuncia de parte o recibido el atestado policial, el Fiscal, en aplicación del principio de oportunidad, podría decidir sobre la acusación pública, lo que es fundamental para el inicio y la decisión de seguir adelante con el expediente y la instrucción judicial. En España debería darse un mayor reconocimiento y recorrido al principio de oportunidad, también en adultos, cuya incidencia actual es mínima⁸. A menor gravedad del delito menor interés público en su persecución, ya que el interés público, una vez apreciada la escasa lesividad del delito, se dirige a la protección de otros valores sociales dignos de tutela, que también se erigen como fines esenciales de un sistema de justicia penal, tales como la rehabilitación del infractor y el resarcimiento de los daños causados a la víctima⁹.

La figura del Fiscal en diversos países, como Bélgica, Alemania, Francia, entre otros, adquiere una especial significación como prescriptor de la mediación u otros métodos de JR, siendo en estos países el principal derivador de casos a los métodos de naturaleza “*diversionaria*” (derivación fuera del sistema penal). También en España, el Fiscal, como hemos visto y ante un delito leve, dispone de la opción de seguir adelante con la acción pública o de no iniciarla en aquellos supuestos en que la víctima ya ha sido compensada a través de acuerdos reparatorios alcanzados en una mediación o que por la escasa entidad

⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Contexto teórico-práctico de la Justicia...”, cit., p. 4

⁹ CUADRADO SALINAS, C., “La Mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?”, RECPC, 17-01-2015, p. 10.

del supuesto, estime que continuar carece de efectos positivos tanto para el perjudicado, como para el ofensor o para el interés común del conjunto de la sociedad y que por el contrario, seguir adelante puede perjudicar una adecuada integración del acusado en su entorno social. Este “principio de oportunidad” o de “discrecionalidad” existe ya desde hace años en otros países europeos, como Bélgica y sobre todo Alemania, como apunta SEGARRA¹⁰. En España, como hemos visto, queda contemplado de forma bastante satisfactoria en menores y en adultos muy tímidamente, queda recogido a partir de la reforma de la LO 1/2015 y la LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECrim, como principio de oportunidad reglada.

CASTILLEJOS MANZANARES, defiende que el principio de oportunidad debería ampliarse a aquellos mecanismos, facultades e instituciones como la mediación, la conformidad, o “*la concesión al Poder Judicial de una aplicación alternativa, en el proceso judicial, a la imposición de una sanción penal...*”¹¹. La propia lógica del caso concreto hace recomendable aplicar este principio en multitud de ocasiones y así se hace en la práctica, desde hace años, partiendo del principio de intervención mínima del Derecho penal y mediante la utilización de instrumentos, como la mediación, especialmente cuando la víctima ha sido ya compensada y queda patente que continuar con la acción pública no aporta ningún elemento positivo ni para las partes ni para su entorno socio-familiar.

El principio de oportunidad puede ser abierto y su utilización queda totalmente a la discreción del Fiscal o reglado, como se ha recogido en nuestro Ordenamiento, quedando limitada su aplicación en función de la pena prevista o según la gravedad del presunto delito. En España la limitada aplicación del principio de oportunidad en adultos queda constreñida a los delitos leves si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria¹². En Alemania, el art. 153 *StPO*, según recogen

¹⁰ SEGARRA, J., “La introducción del principio de oportunidad en el proceco penal español”, LT, Portal Jurídico de Thomson Reuters, 12 de diciembre de 2011.

¹¹ CASTILLEJOS MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal (Investigación y juicio de acusación)”, EPC, vol. XXIX, 2009, (en línea: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4147/05;jsessionid=656B2FF42AC05B96BEEE866BEAB5A454?sequence=1>), pp. 207-269.

¹² Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

MIERS / WILLEMSSENS¹³ , permite incluso interrumpir el procedimiento penal, en primer lugar, en los casos menores, en los cuales no hay interés público en perseguir. En estos supuestos, la norma ofrece al Fiscal la oportunidad de suspender las investigaciones posteriores, cuando el ofensor haya restituido voluntariamente a la víctima, o se hay conseguido la conciliación a través de una mediación realizada entre ellos. En estos casos, el Fiscal no ha de requerir el consentimiento del Juez. En segundo lugar, en casos más graves, en los que el ofensor se entiende que merece ser acusado, la realización de una restitución y una reconciliación finalizada con éxito, permiten al Juez, con el consentimiento del Fiscal, desechar la acusación. Este artículo, según los mencionados autores, es el que se usa con mayor frecuencia en las medidas de derivación fuera del proceso judicial (*diversionary provision*). Otro ejemplo lo encontramos en Francia¹⁴, donde según el art. 41.1 del Código de procedimiento criminal, el Fiscal puede proponer la mediación a ambas partes, antes de tomar una decisión sobre si continuar con la acusación o adoptar medidas de tipo diversionario. Los objetivos que se marcan a la mediación, en estos casos, consisten en reparar el daño sufrido por la víctima, restaurar la armonía social y contribuir a la rehabilitación del ofensor. En Francia el efecto de archivo del proceso, por la mediación, se aplica solo en esta fase previa a la persecución fiscal. Su potencial aplicación e impacto es, por tanto, un tema sometido a la discrecionalidad del Fiscal.

La propuesta que se lanza desde estas páginas consiste en articular un sistema que permita al Fiscal disponer de la discrecionalidad necesaria para reaccionar, en cada caso, en función de las características concretas, teniendo en cuenta su gravedad penal y sobre todo a sus protagonistas, es decir al ofensor y al perjudicado o víctima. Esa capacidad le otorgaría la posibilidad de decidir acerca de la necesidad de seguir o no con la acusación pública y le permitiría derivar a mediación u a otro sistema de JR aquellos supuestos en los cuales estimase que ésta es la vía más apropiada, no dejando las acusaciones particulares sin respuesta, sino tratando de ofrecer, precisamente la respuesta más idonea, para satisfacer las necesidades, valores e intereses concretos en juego. En este sentido, hay casos que entran en la vía judicial, pero que por su escasa entidad no prosperan. El archivo

¹³ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., p. 68.

¹⁴ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., p. 61.

de estos casos, sin más, puede dejar al ciudadano afectado insatisfecho con la gestión pública del hecho y con la sensación de inoperatividad del sistema ante su denuncia. Como señala CASTILLEJOS MANZANARES, el Ministerio Fiscal debe apreciar y valorar si existen motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad¹⁵. El ofrecimiento de la mediación en estos casos de sobreseimiento supone facilitar una opción a la persona que se siente afectada y evitar la sensación de pasividad, ignorancia o de falta de respuesta para satisfacer un interés que considera legítimo. En esta fase inicial, el Fiscal podría derivar al servicio de JR todos aquellos supuestos que estimase apropiados. El servicio se pondría en contacto con las partes que serían debidamente informadas a cerca de las características, funciones y finalidades de la mediación o del sistema propuesto, en función del caso. Si ambas partes estuviesen de acuerdo en realizar, por ejemplo, una mediación, si la persona mediadora valorase la oportunidad de llevarla a cabo, en función de la actitud y aptitud de ambas partes y terminase con éxito y plena satisfacción para la víctima, el Fiscal, en función de la gravedad del caso, la peligrosidad del autor y la satisfacción del derecho de la víctima a ser reparada podría incluso desestimar la continuación del proceso y proponer su archivo al Juez.

La mediación o el sistema de JR aplicado, actuaría en estos casos como una vía pronta de salida o de finalización (*diversion*) del proceso judicial iniciado, evitando la continuación de la instrucción judicial y su finalización en juicio. Con lo cual también contribuiría a la descongestión de los juzgados y sería aplicable en todos aquellos supuestos, normalmente de gravedad menor o media, en que el Fiscal estimase preferible una solución acordada a la continuación del trámite procesal. En algunos supuestos el acuerdo alcanzado podría plasmarse en una sentencia de conformidad, como ya se está haciendo actualmente en bastantes juzgados¹⁶.

Si la mediación u otro método de JR no fuese posible por falta de voluntad de alguna de las partes, o de capacidad reparatoria (ya sea moral o material del investigado) o no se alcanzasen acuerdos, el mismo Fiscal, valorando la situación concreta, podría decidir la continuación de la acusación y del trámite procesal con total normalidad. La mediación u

¹⁵ CASTILLEJOS MANZANARES, R., EPC, vol. XXIX, 2009, p. 6.

¹⁶ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal”, cit., p. 13.

otro sistema finalizado sin éxito no conllevaría en ningún caso, un efecto negativo para el acusado, en el supuesto de continuar el proceso. La participación en la mediación supondría que el acusado reconoce algún tipo de participación en los hechos o de responsabilidad en la configuración del conflicto (no necesariamente la asunción plena de la acusación en los términos formulados por el Fiscal) y del daño causado a la víctima o perjudicado. Pero de ello no cabría deducir la aceptación tácita de la exactitud de los hechos denunciados o la admisión plena, sin reservas, de la acusación pública que haya formulado o pueda formular el Fiscal, para preservar el principio de presunción de inocencia.

Por otra parte, los delitos leves surgen a menudo en el ámbito de la convivencia más próxima, ya sea familiar o vecinal, por ello, perdonar y superar lo sucedido y preservar la relación, puede adquirir un especial significado. Como afirma ALONSO RIMO, el perdón moral no tiene per se relevancia jurídica, en la medida que no reviste los caracteres que se exigen en el ámbito jurídico para que despliegue eficacia, pero si concurre, estaremos ante un instituto jurídico, el del perdón del ofendido, que posee su particular fundamento, requisitos, efectos, etc., aparte de su innegable fuerza personal, como una forma de expresión de la voluntad generosa de la víctima, que cobra carta de naturaleza en la esfera punitiva¹⁷.

Reparación, superación, conciliación, comprensión, acuerdo, consenso, escucha, comunicación, diálogo perdón... son términos importantes dentro de la JR, que como destaca RIOS MARTÍN supone un modo de entender al ser humano como un ser abierto, sociable, comunicativo y lleno de posibilidades, capaz de resolver los conflictos de forma pacífica, reparadora y dialogada¹⁸. ¿Por qué descartar su posible valor y fuerza en la resolución de los conflictos y en la gestión de las consecuencias de los delitos?

¹⁷ ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 211.

¹⁸ RÍOS MARTÍN, J.C., "Justicia Restaurativa y Mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia" p. 72 (en línea: <http://docplayer.es/2082982-Justicia-restaurativa-y-mediacion-penal-una-apuesta-por-el-dialogo-y-la-disminucion-de-la-violencia.html>).

4. ¿ES POSIBLE LA MEDIACIÓN EN LAS CAUSAS POR HECHOS GRAVES?

La aplicación de la mediación o de otros procedimientos restaurativos a nivel comunitario actuaría como una fase previa a la vía judicial y supondría un filtro que evitaría la judicialización de muchos casos. Solo llegarían a instrucción judicial aquellos supuestos, que no se considerasen adecuados para iniciar una mediación o una gestión en sede comunitaria y para los cuales el Fiscal debiese seguir adelante con la acción penal. También llegarían aquellos casos en los cuales alguna de las partes o todas no desearan iniciar la mediación u otro método de JR.

Ante un acto delictivo de entidad mediana o grave, el sistema propuesto reaccionaría teniendo en cuenta las características concretas del supuesto y de su autor, con especial referencia a la peligrosidad detectada a través del delito cometido y de sus características. Se entendería por peligrosidad la elevada probabilidad de reincidir en un tipo de delito que comporte graves consecuencias para los bienes jurídicos más importantes de las personas o de la sociedad. Esta peligrosidad debería ser establecida a través de peritajes realizados por expertos (psicólogos, psiquiatras, forenses) que garantizaran la fiabilidad del informe puesto a disposición del Juez instructor o sentenciador. Estos informes podrían aconsejar o desaconsejar el inicio de una mediación o de otro sistema de JR o bien contribuir a valorar las consecuencias jurídicas y penales que podrían atribuirse al resultado de una mediación o de otro método.

En esta etapa, el Juez podría derivar un supuesto al servicio de JR, en todos aquellos casos que lo estimase conveniente, tanto para satisfacer los intereses reparatorios de la víctima, como para evitar la aplicación de una pena que pudiera suponer la recaída del ofensor en la delincuencia, frustrando la expectativa de su resocialización o considerando ambas finalidades (también el Fiscal podría recomendar una mediación u otra actuación de tipo restaurativo en función del caso). Los supuestos que se estimen apropiados, no se derivarían a instancias comunitarias dependientes, en principio, de la administración local, sino a Servicios de justicia reparadora (en términos del considerando 46 de la Directiva 2012/29 UE) integrados por profesionales mediadores concedores del sistema

judicial y expertos en la gestión de conflictos penales de mayor gravedad, que podrían encuadrarse laboralmente dentro del sistema de la Administración de Justicia.

En esta fase, una mediación u otro método finalizado con acuerdo, no supondría siempre una salida del sistema judicial exento de toda medida adicional sancionatoria o de otro tipo (educativa, rehabilitadora, curativa, terapéutica...) para el investigado, pero sí que podría implicar una reducción de la pena inicialmente prevista y en muchas ocasiones la suspensión de la pena de cárcel y su complementación con otra medida menos gravosa y sin impacto desocializador para el ofensor¹⁹. La propuesta legislativa consistiría en potenciar la utilización inicial de la atenuante genérica de reparación de nuestro CP, aplicable a todo tipo de supuestos del art. 21.5, que como veíamos anteriormente, es de obligada consideración por parte del Juez aplicador de la norma (según las reglas del art. 66 CP). La mediación u otro sistema de JR debería realizarse antes de la apertura del juicio oral, para poder alegar tal circunstancia atenuante a favor del victimario que ha realizado la mediación y reparado satisfactoriamente a la víctima.

En una fase posterior, la inclusión de la mediación en el art. 84.1 CP supone el reconocimiento expreso de su virtualidad para facilitar la suspensión de la pena de prisión, si se dan las demás circunstancias previstas en el art. 80 CP. La voluntariedad de la mediación continúa siendo esencial a esta figura, no obstante GARCÍA ALBERO opina que ello no excluye que el Juez pueda acordar que se realice una mediación extrajudicial como una de las reglas de conducta de una suspensión ya acordada, imponiéndose tal deber en función del art. 83.9 CP²⁰. Ha de contarse siempre con el consentimiento previo, tanto de la víctima como del penado. Este mismo autor entiende que el art. 84.1 CP apoya también el buen fin de los acuerdos reparatorios alcanzados en una mediación previa, que se valoran como indicador del esfuerzo reparator realizado, ya sea material o simbólico o incluso como subrogado de la satisfacción de la responsabilidad civil, como señala el mismo autor²¹.

¹⁹ AYORA MÁSCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal”, cit., p. 12.

²⁰ Art. 83-9: “Cumplir con los demás deberes que el juez estime conveniente para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste...”

²¹ GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, *passim*.

La articulación generalizada de estos métodos permitiría, además, asegurar un sistema que garantizase la efectividad real de la reparación y la satisfacción de todos los intereses en juego. Por otra parte, evitaría la frustración de la víctima en aquellos casos en que, debido a la suspensión de la pena, pueda sentir que su padecimiento a causa del delito queda sin ningún tipo de respuesta. Cabe interpretar que, si se pretende articular la mediación en apoyo de la suspensión de la pena de prisión, en base al art. 84.1 CP, reforzado por las menciones de los apartados 1º y 3º del art. 80 CP que valoran “*en particular el esfuerzo por reparar el daño causado*”, esta mediación podría llevarse a cabo incluso con posterioridad a la apertura del juicio oral.

El tercer punto del art. 80 CP permite la excepción del requisito del art. 80. 2. 1º CP de “*haber delinquido por primera vez*” convirtiéndolo excepcionalmente en “*siempre que no se trate de reos habituales*”. Con ello se amplía la posibilidad de obtener la suspensión y también de aplicar la mediación a un mayor número de casos, aunque no se trate del primer delito cometido. La mención a la “*no habitualidad*” del mismo apartado tercero del art. 80 CP, bajo el criterio que se defiende en este trabajo, podría cambiarse por el de “*no peligrosidad*” en el sentido de que, en ocasiones, puede no ser tan importante la habitualidad que se basa en la reiteración de conductas que vienen del pasado, como la previsible peligrosidad de la conducta futura. Por tanto, lo decisivo sería, no tanto la habitualidad pasada, sino poder establecer una aproximación fiable sobre la peligrosidad futura, en el sentido de prever la mayor o menor probabilidad o riesgo de repetir conductas similares. Evidentemente establecer el concepto de “*peligrosidad o no peligrosidad*” es mucho más complicado, abstracto e inconcreto que el de “*habitualidad*”, pero ofrecería una oportunidad más efectiva de superación futura a muchas personas que cometieron el acto delictivo de forma coyuntural, episódicamente o en una época anterior de su vida difícilmente repetible. El establecimiento de la peligrosidad o falta de peligrosidad debería basarse en criterios profesionales e indicadores objetivos como el esfuerzo real por reparar el daño causado.

La posibilidad de exceptuar todos los requisitos previstos para la suspensión, en los supuestos de “*enfermedad muy grave o padecimiento incurable*” del art. 80.4 CP, podría

dar paso, en aquellos casos en que se estimase adecuado según las circunstancias concretas, a una mediación entre víctima e infractor para evitar, al igual que en los casos anteriores, que la víctima tuviese la impresión de que el hecho padecido queda sin ningún tipo de respuesta pública ni acto reparatorio, aunque sea de tipo moral, hacia ella. De la misma forma, en los supuestos del apartado quinto del mismo art. 80 CP relativo a las personas que han cometido el delito a causa de su adicción a las sustancias numeradas en el art. 20.2 CP, que amplía el segmento de delitos con penas suspendibles incluyendo los castigados hasta con cinco años de cárcel, podría ofrecerse la oportunidad de la mediación para facilitar una respuesta reparatoria material o moral que tuviese significado para la víctima y fuese responsabilizadora para el autor del delito cuya pena se suspende. Podría ser muy útil que el Juez dispusiera de la misma potestad de aplicar esta suspensión ampliada a otro tipo de delitos (castigados hasta 5 años de pena de cárcel) de forma extraordinaria, siempre que las circunstancias del caso concreto y los parámetros de la prevención especial lo hiciesen aconsejable, sin perjuicio de la prevención general y siempre que los informes y peritajes de los expertos (psicólogos, psiquiatras, forenses) acreditaran la no peligrosidad del sentenciado. En estos casos, además de la mediación con satisfacción reparatoria para la víctima, el Juez podría condicionar, adicionalmente, la suspensión al cumplimiento de alguno de los deberes o prohibiciones del art. 83 CP o de las prestaciones y medidas del art. 84 CP. Es importante insistir en que estas mediaciones en conflictos penales judicializados deberían llevarse a cabo por equipos de mediadores expertos en el ámbito penal, conocedores tanto de las metodologías y estrategias de la JR como del marco legislativo material y procesal dentro del que actúa la mediación.

5. LA MEDIACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

También durante la etapa posterior a la sentencia, en fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad es posible y útil facilitar la opción de iniciar una mediación. Esta mediación puede llevarse a cabo respecto a la víctima del delito que motivó la pena impuesta o bien entre dos internos o entre un interno y un funcionario entre los que haya surgido algún tipo de conflicto o discrepancia grave, incluyendo los actos sancionables por el RP, evitando o moderando las sanciones disciplinarias.

Tanto a nivel de España como internacionalmente esta mediación posterior a la sentencia denominada *after sentencing* o *post-sentencing mediation* está menos implantada que la mediación previa a la sentencia o *before sentencing*, aunque no se trata de una posibilidad desconocida. Todo lo contrario, en los últimos años se está impulsando desde instituciones internacionales tan relevantes como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la UE o la OEA²².

Si analizamos el entorno en el que se va a desarrollar este tipo de mediación, CHAVES PEDRÓN recuerda que la prisión es un espacio que propicia los conflictos entre los internos, la propia estructura carcelaria con rejas, bloques de hormigón puertas metálicas... La misma privación de libertad es motivo de alteración y produce una elevada tensión en la vida cotidiana de estas personas, que pueden gestionar las situaciones conflictivas que se les presentan de forma diferente a como reaccionarían si estuviesen en libertad. Si se considera la prisión como un medio hostil, las personas internas adoptan una actitud acorde a tal percepción y responden en ese sentido. Por ello siguiendo a este autor la propia realidad de la prisión contribuye a crear la idea de unos contra otros, que junto a diferentes motivos de diversa índole, pueden potenciar su agresividad y son el origen de los conflictos entre internos²³.

En este entorno complejo, CHAVES PEDRÓN defiende que la mediación penitenciaria se presenta como idónea por ser una vía distinta a la utilizada habitualmente por los internos para abordar sus conflictos y alejada del llamado “código de conducta carcelario” que suele partir de respuestas violentas y cargadas de agresividad. Como destaca este autor la principal dificultad para su aplicación radica en que la mediación en este ámbito no viene regulada en nuestra legislación penitenciaria, cuando sería muy adecuado que tanto la LOGP como el RP la recogiesen como una vía alternativa pacífica que contribuiría a

²² FARALDO CABANA, P., “Hay espacio para la mediación tras la condena? La discusión en España”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coord.) *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 963 ss.

²³ CHAVES PEDRÓN, C., “Mediación penitenciaria: una necesidad en la realidad de la prisión”, en ARANDA JURADO, M. (Dir.) *La mediación en el sistema jurídico español. Análisis y nuevas propuestas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 75 y 77.

construir otra forma mucho más armónica de convivencia dentro de las cárceles. Además, la implantación de la mediación en el ámbito penitenciario viene recogida en el art. 56.2 de las Reglas Penitenciarias Europeas, que constituyen recomendaciones dirigidas a los Estados miembros para que las tengan en consideración en el establecimiento de sus respectivas políticas penitenciarias²⁴.

En todo caso, las partes han de consentir voluntariamente el inicio de la mediación o acceder a ella con total libertad, tanto si viene solicitada por la otra parte o bien indicada por un tercero. Pueden iniciarse las gestiones para llevar a cabo la mediación después del auto de firmeza de la sentencia. Se procede a contactar con la persona sentenciada y su abogado defensor, una vez que el Juez encargado de la ejecución y el Ministerio Fiscal han valorado la conveniencia de la mediación, también es decisivo contactar con los responsables y técnicos asignados a la persona privada de libertad a partir del momento en que ya está empezando a cumplir condena²⁵.

Como destacan FERNÁNDEZ CABALLERO / DEL HIERRO / ARCHILLA JUBERÍAS la Constitución y la LOGP asignan al sistema penitenciario la labor fundamental de garantizar el cumplimiento de las penas impuestas, asegurar la custodia de los reclusos y proteger su integridad. Pero estas funciones serían totalmente insuficientes si no se orientasen además a la rehabilitación de las personas internas²⁶. Por ello el internamiento ha de ofrecer herramientas que los preparen para una vida en libertad en la que se valore el respeto a las normas sociales, a la convivencia y al mandato de las leyes y la mediación aporta un elevado potencial reflexivo y responsabilizador.

FARALDO CABANA señala que, a pesar de que en España la mediación en la fase post sentencia o ya en ejecución es todavía poco habitual, la mediación y reparación se fomentan a través de diversas medidas relacionadas con la posibilidad de acortar el tiempo de estancia efectiva. En este sentido recuerda que el cumplimiento de la responsabilidad

²⁴ CHAVES PEDRÓN, C., en ARANDA JURADO, M. (Dir.) *La mediación en el sistema jurídico español*. cit., pp. 84 s.

²⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGNON, J., “Experiencias de Mediación penal de adultos en España”, RCVS vol. núm. 4 (3), *Settembre-Dicembre*, 2010, p. 6.

²⁶ FERNÁNDEZ-CABALLERO, M. / DEL HIERRO, E. / ARCHILLA JUBERÍAS, M., “Mediación penitenciaria. Una nueva propuesta para mediar en una cárcel de mujeres”, RM, núm.10, 2012, p. 39.

civil es un requisito necesario (aunque con excepciones) para alcanzar la suspensión de la pena privativa de libertad. También una vez en prisión, en la normativa penitenciaria existen mecanismos que permiten valorar la participación de la persona privada de libertad en un procedimiento de mediación y su actuación conciliadora y reparadora. Como ejemplo la autora menciona la posibilidad de reducir sanciones disciplinarias participando en procesos de mediación en conflictos surgidos dentro de la cárcel y también la satisfacción de la responsabilidad civil respecto a la víctima del delito, acordada a través de una mediación que puede permitir a la persona privada de libertad acceder al tercer grado o a la libertad condicional²⁷.

La mediación puede suponer para la víctima una oportunidad para satisfacer sus intereses y necesidades, tanto materiales como psicológicas y la opción de participar directamente en la reivindicación del perjuicio concreto padecido. Respecto al interno, se trata de estimular un cambio de actitud que facilite un regreso, no solo físico, sino una reincorporación integral a la sociedad, con una base ética que minimice el riesgo de reincidencia y motive el respeto a las normas como instrumento necesario para posibilitar la convivencia social²⁸.

La mediación puede tener lugar, tanto a petición de la víctima como del ofensor sometido a pena privativa de libertad, a través de su abogado o a instancia del centro penitenciario o incluso de un órgano judicial, siempre que las partes acepten. La mediación es una fórmula que puede ayudar, especialmente en estos supuestos, a integrar, en lugar de excluir y que brinda la oportunidad de compensar el daño y estimular una actitud positiva en el ofensor, en vez de etiquetarlo, simplemente, como delincuente y convertirlo en sujeto pasivo del castigo. Como veíamos en capítulos anteriores, la pena privativa de libertad supone, a menudo, la anulación de unas legítimas expectativas de futuro y un estigma que dificulta que posteriormente el individuo pueda normalizar su vida social y laboral, en función de los esquemas sociales y culturales imperantes. Por tanto, si estamos hablando de un mal que no es menor, la pena privativa de libertad debería quedar

²⁷ FARALDO CABANA, P., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coord.), *Estudios de Derecho Penal*, cit., pp. 964 ss.

²⁸ FERNÁNDEZ-CABALLERO, M. / DEL HIERRO, E. / ARCHILLA JUBERÍAS, M., RM, núm.10, 2012, p. 40.

reservada a aquellas conductas y delitos más graves en los cuales la libertad de la persona que ha delinquido pueda poner en peligro la seguridad o la integridad de los demás.

La aplicación de estos métodos de JR puede incidir en que la pena privativa de libertad se convierta realmente en una alternativa de última instancia o en su reducción temporal, a través de la obtención de beneficios penitenciarios que reconozcan y primen el valor del esfuerzo reparador. Nuestra propia legislación posibilita, como hemos visto, diversos efectos penológicos, susceptibles de reducir la duración de la pena y que derivan de la reparación efectuada a la víctima (obtención o avance de la libertad condicional, evolución en el grado de tratamiento penitenciario, apoyo de la petición de indulto). Tanto la reparación, como los mecanismos que la hacen posible: la mediación u otros métodos de JR, deberían quedar específicamente regulados y claramente establecidos sus efectos y consecuencias jurídicas y penológicas, tanto a nivel del CP, como en el RP y en la LECrim.

Realizar, por ejemplo, una mediación que finalice con acuerdos, aunque sean plenamente satisfactorios para la víctima, no significa necesariamente una puesta en libertad automática, sino que junto al valor de los acuerdos, los equipos técnicos especializados deben ponderar el buen comportamiento dentro del sistema penitenciario y, sobre todo, el grado de peligrosidad del interno y si su salida de la cárcel puede generar algún peligro para terceros, es decir si existe la probabilidad de que, una vez en libertad, pueda repetir conductas delictivas similares o incluso más graves. La puesta en libertad, en estos casos, no debe suponer una pérdida de seguridad y de libertad para el resto de los ciudadanos. Previamente, deben adoptarse las medidas pertinentes para determinar, de forma fiable, el grado de peligrosidad del interno que tiene la posibilidad de ganar su libertad favorecida por la aplicación de fórmulas restaurativas. Si la puesta en libertad es factible, aunque sea de manera condicional, deben facilitarse los medios de soporte humano y material necesarios para propiciar que su proceso de integración social y laboral sea lo menos traumático posible, articulando adicionalmente, las máximas garantías respecto a la indemnidad de los demás ciudadanos.

La mediación es en principio la fórmula más fácil y usual de aplicación en el entorno penitenciario, ya que implica un menor número de personas en su puesta en práctica, puesto que se desarrolla entre las personas directamente protagonistas. Ello no significa que se descarten los demás procedimientos de JR si las circunstancias concretas y la pluralidad de personas implicadas lo hiciese aconsejable. Este tipo de intervenciones podrían llevarse a cabo por el mismo equipo de profesionales mediadores adscritos al servicio, comentado en el punto anterior, encuadrado dentro de la estructura y a disposición de la Administración de Justicia. También podrían realizar estas mediaciones profesionales criminólogos formados y especializados en mediación, integrantes del propio equipo técnico del centro penitenciario.

Respecto a los objetivos generales enfocados al tratamiento penitenciario, RÍOS MARTÍN / PASCUAL RODRÍGUEZ / SEGOVIA BERNABÉ / ETXEBARRIA ZARRABEITIA / LOZANO ESPINA explican que, desde la experiencia de mediación destaca la obtención de un pronto reconocimiento de la responsabilidad compartida, de forma tímida, pero en casi todos los conflictos, las personas que han participado reconocen una cierta corresponsabilidad. Por otra parte, la mediación les permite confrontar sus “verdades” y es muy gratificante, según estos autores, llegar a una misma versión de los hechos, desde distintas percepciones, una vez eliminada la subjetividad de la historia²⁹. La mediación les permite también realizar un aprendizaje de conductas de diálogo en las relaciones interpersonales, de escucha para comprender la posición del otro, de búsqueda de soluciones creativas y pacíficas para solucionar las situaciones conflictivas, potencia su capacidad de tomar decisiones personales y autónomas sobre el conflicto y propicia finalmente la pacificación en las relaciones internas dentro de los módulos. Siguiendo a estos mismos autores, respecto a los objetivos de las personas privadas de libertad, su participación en actuaciones mediadoras contribuye a reducir los niveles de tensión y ansiedad. En absoluto supone pérdida de derechos ni de la libertad (permisos, progresión en grado). Al evitar la aplicación del régimen disciplinario también los familiares del penado se ven beneficiados al soslayar los perjuicios que tales sanciones disciplinarias puedan

²⁹ RÍOS MARTÍN, J.C. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E. / ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. / SEGOVIA BERNABÉ, J.L. / LOZANO ESPINA, F., *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Universidad Pontificia, Comillas, Madrid, 2016, pp. 229-232.

producirles. En caso de las infracciones disciplinarias que constituyan delito y que deban enjuiciarse por la vía ordinaria, la puesta en práctica de la mediación puede suponer la aplicación de la atenuante de reparación del art. 21.5, y, en consecuencia, la disminución de la pena en uno o dos grados. Por otra parte, la participación en una mediación también puede implicar una valoración positiva por parte de instancias administrativas y judiciales, al apreciar que esta participación aporta claves de aprendizaje de responsabilización personal. En este sentido el art. 91.2, a los efectos de reducción del tiempo para la concesión de la libertad condicional, valora positivamente “*la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas*”. Finalmente, estos autores señalan también la importancia del aumento de la percepción de control personal sobre su propia vida y de la capacidad de construir acuerdos útiles y satisfactorios para todas las partes implicadas³⁰.

En Estados Unidos existen programas que ofrecen a las víctimas directas o indirectas que lo soliciten la posibilidad de realizar una mediación con internos que están cumpliendo condena por delitos muy graves, algunos de ellos castigados con penas de prisión muy largas o incluso a cadena perpetua. En estos casos, el encuentro restaurativo es solicitado por la víctima, porque entiende que puede ayudarle a superar su victimización o porque conoce “*la verdad judicial*” pero necesita conocer también la verdad material o algunos detalles de lo realmente sucedido y la única persona que puede desvelar ese conocimiento integral es justamente el autor de los hechos. Estas mediaciones se producen después de que la persona mediadora verifique y valore la posibilidad del encuentro, la voluntariedad consciente de las partes y que ese encuentro no va a ser perjudicial, ni peligroso o revictimizador para la víctima. Estas mediaciones o encuentros restaurativos producen efectos personales muy positivos para ambas partes, aunque en la mayoría de los casos carecen de efectos jurídicos o penológicos favorables para el interno que está cumpliendo la condena³¹.

³⁰ RÍOS MARTÍN, J. C. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E. / ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. / SEGOVIA BERNABÉ, J.L./ LOZANO ESPINA, F., *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias de diálogo*, cit., pp. 229-232.

³¹ GALLEGO, J., “EEUU el drama de ser condenado a morir en la cárcel cuando solo tienes 12 años”, publicado en *Revista El Español*, 20 de agosto, 2016 (en línea: www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160819/148985474_0.html).

Otro tipo de mediación que se lleva a cabo también en el ámbito penitenciario es la que se aplica en los conflictos surgidos entre internos e internos y funcionarios, que no es objeto propiamente de este trabajo, pero que cuenta con experiencias muy interesantes en España³². Como señalan FERNÁNDEZ CABALLERO / DEL HIERRO / ARCHILLA JUBERÍAS la convivencia en un entorno cerrado como la cárcel, al que no se accede de forma voluntaria no resulta fácil, genera tensiones que pueden desencadenar graves conflictos y peleas que se desarrollan en los pequeños espacios con menor control³³. Estos conflictos, ya se trate de los surgidos entre las personas privadas de libertad o respecto a los funcionarios, suelen castigarse mediante sanciones disciplinarias, pero también la mediación puede ser un método eficaz para abordar estas problemáticas, mayoritariamente vinculadas a la convivencia, desde otra perspectiva mucho más conciliadora, preventiva y constructora de nuevas relaciones entre personas que deberán compartir espacios y convivir, a veces durante mucho tiempo. La mediación penitenciaria como respuesta a todos estos conflictos surgidos dentro del ámbito carcelario queda reconocida por la Recomendación R (2006) 2 del Comité de Ministros y del Consejo de Europa que entiende que los procedimientos disciplinarios deben quedar como mecanismos de último recurso, promoviendo, en primer lugar, el ofrecimiento de fórmulas restaurativas.

En esta línea, en mayo de 2014, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias firmó un Convenio con la Asociación Española de Mediación con el objetivo de impulsar la implantación de un servicio de mediación en todos los centros penitenciarios. Las acciones a realizar dentro de este Convenio consisten, básicamente, en la creación de un servicio de mediación permanente en los centros penitenciarios para resolver los conflictos que puedan producirse mediante la vía dialogada y en la impartición de una formación básica en mediación dirigida a los profesionales y a los internos de los centros penitenciarios para mejorar las habilidades comunicativas y sensibilizar sobre la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos³⁴.

³² Cárceles de Picassent en Valencia, de Ponent en Lérida y en otras.

³³ FERNÁNDEZ-CABALLERO, M. / DEL HIERRO, E. / ARCHILLA JUBERÍAS, M., RM, núm.10, 2012, p. 40.

³⁴ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior) (en línea: www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/administracion-penitenciaria).

6. LA EFECTIVIDAD DE LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN EN SEDE JUDICIAL Y EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Si se estima que uno de los objetivos más destacados de los servicios de mediación ha de ser su efectividad, debe hacerse referencia al término inglés “*healing*” que, en opinión de CUADRADO SALINAS, es posiblemente el que mejor define el objetivo último de la mediación y de la JR en general, como reparación o sanación integral del mal causado. El significado de “*healing*” incluye la reparación o sanación de la víctima tanto a nivel físico (material) como psicológico³⁵, con lo cual la efectividad medida desde la satisfacción de la víctima es siempre mucho mayor. Esta misma autora señala que, también la tasa de éxito de la JR es superior partiendo de la satisfacción y del convencimiento, tanto del autor como de la víctima, de que la solución acordada ha sido más justa que la ofrecida por el sistema penal³⁶.

La efectividad de la mediación queda patente a través de diversos estudios y evaluaciones de programas de mediación que se aplican ya en España. Además de las investigaciones ya mencionadas, podemos ver por ejemplo la evaluación realizada por GUIMERÀ GALIANA³⁷ entre 2001 y 2003, relativa al programa de Mediación Penal de Adultos de la Generalitat de Catalunya, que aunque parte de una muestra reducida, aporta elementos de interés como la preponderancia de la reparación moral sobre la material y el análisis de las consecuencias de la mediación sobre el proceso judicial que indica que un 37 % de estos casos finalizaron con sentencia condenatoria, en menos de la mitad se aplicó la atenuante de reparación del art. 21.5 CP. Respecto al resto de casos finalizados sin condena: en un 16 % se produjo un sobreseimiento provisional, se transformaron en faltas un 10 %, otro 10 % se archivaron por el ejercicio del derecho de renuncia, continuación del caso pasando al órgano superior en un 10 % y con sobreseimiento libre en un 5,4 %.

Una investigación posterior sobre el mismo programa de mediación penal en adultos de la Generalitat realizada por SORIA y otros investigadores en 2007, llega a conclusiones

³⁵ CUADRADO SALINAS, C., RECPC, núm. 17, 2015, p. 3.

³⁶ CUADRADO SALINAS, C., RECPC, núm. 17, 2015, p. 4.

³⁷ GUIMERÀ GALIANA, A., “La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya, REIC, núm. 3, Barcelona, 2005, pp. 2 ss.

similares acerca de la preponderancia de los acuerdos psicológicos sobre los económicos. Además, las víctimas que llegaron a acuerdos psicológicos mostraron un mayor nivel de satisfacción que aquellas que alcanzaron otro tipo de acuerdos. Especialmente significativo es que un 84 % de las víctimas y un 83% de los infractores participantes manifestaron que recomendarían realizar una mediación³⁸. En otro estudio realizado por VARONA MARTÍNEZ en Euskadi en 2009, se obtuvieron también unos resultados muy favorables a la mediación, ya que un 76 % de los participantes manifestaron que recomendarían la participación en una mediación penal y que repetirían su participación. Un porcentaje similar consideraba que se había alcanzado un acuerdo justo y un 58 % de las víctimas manifestaron sentirse reparadas³⁹. Por otra parte, MORENO ÁLVAREZ señala que en el año 2018 el servicio de Euskadi se convirtió en uno de los primeros servicios de mediación intrajudicial en Europa que incluye en la jurisdicción penal, además de la mediación, los círculos y las conferencias. Con ello se amplía la posibilidad de ofrecer una respuesta restaurativa más adecuada a cada caso y situación⁴⁰.

Otro balance cuantitativo de la mediación en España presentado en 2010 por un grupo de investigación del CGPJ señala que, en el segundo semestre de 2009, 170 juzgados de toda España habían enviado casos a mediación penal, de los cuales un 8% correspondían a Audiencias Provinciales, 69% a Juzgados de Instrucción, 21 % a Juzgados penales y un 2% a Juzgados de violencia sobre la mujer. De ellos, corresponden a Cataluña 80 (48%), a Euskadi 37 (22%). Sumando Cataluña y Euskadi tenemos el 70% del total de órganos judiciales que derivaron casos a mediación penal. El 30% restante (54) está localizado en Andalucía (12); Aragón (1); Castilla-León (16); Comunidad valenciana (7); La Rioja (4); Madrid (11) y Navarra (3). En este informe se destaca un dato relevante que hace referencia a la relación entre el tiempo transcurrido desde la producción del hecho y la

³⁸ SORIA, M.A. / GUILLAMAT, A. / ARMADANS, I. / SENDRA, J. / LLENAS, M. / CASADO, C. / MARTÍNEZ, M. / FONS, G., “*Mediació penal adulta i reincidència. El grau de satisfacció dels infractors i de les víctimes*”. CEJFE, 2007 (en línea: cejfe.gencat.cat/web/content/home/recerca/cataleg/crono/2007/mediacioPenalAdulta_CA.pdf).

³⁹ VARONA MARTÍNEZ, G., “Justicia Restaurativa a través de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)” (en línea: mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/evaluacion-mediacion-penal-euskadi-g-varona.pdf).

⁴⁰ MORENO ÁLVAREZ, R., en ARGUDO PÉREZ, J.L. (Dir.) / JÚLVEZ LEÓN, M.A. / GONZÁLEZ CAMPO, F. DE A. (Coords.), *Mediación y Tutela Judicial efectiva*, cit., pp. 128-129. Según los datos aportados de 2016, en el conjunto del País Vasco se derivaron a mediación en el ámbito penal 1.231 casos, de los cuales, se cerraron 1204 mediaciones con un 78,74 % de acuerdos.

obtención de acuerdos en las mediaciones. *“En los casos en que transcurrieron menos de diez semanas, los acuerdos fueron posibles en un 52,5%. El mayor índice de mediaciones finalizadas con acuerdo se alcanza cuando han transcurrido entre 30 y 39 semanas desde que ocurrieron los hechos: el 65%. Este dato parece sugerir que el transcurso de un determinado espacio temporal entre el hecho y el inicio del proceso de mediación facilita la posibilidad de acuerdos. De lo que podría deducirse, que no es recomendable una intervención demasiado cercana a los hechos que impida a los intervinientes una reflexión serena sobre lo acontecido, ni tan tardía que carezca de interés para ninguno de ellos. Una media de nueve meses parece ser el tiempo indicado para emprender el proceso”*⁴¹.

Según este mismo informe, tanto en el documento del CGPJ respecto del primer semestre de 2009, como en la Memoria de Cataluña respecto de 2008 y 2009, el porcentaje de los asuntos cerrados con acuerdo se acerca al 80%; en el caso de Euskadi, superó en ambos años el 83%. En el informe de los programas-piloto, de las mediaciones que pudieron iniciarse, el porcentaje de acuerdos llegó al 71%, alcanzándose el mayor número de ellos en las causas por delito (50%); las faltas representaron el 43%. Un dato interesante de la Memoria de Euskadi de 2009 hace referencia a los motivos que impidieron el acuerdo en las mediaciones iniciadas. Los más relevantes porcentualmente fueron: el desacuerdo en la prestación económica (19%); en la versión de los hechos (15%); por la cronificación del conflicto (13%) y por no moverse las partes de sus posiciones iniciales (11%).⁴²

La existencia de diversas investigaciones, también a nivel internacional acreditan que tanto la mediación como otras prácticas de JR pueden incidir positivamente en la disminución de la reincidencia, tanto en menores como en adultos. Entre distintas investigaciones destaca la de BONTA / WALLACE-CAPRETTA / ROONEY / DE MCANNOY de 2002 que supuso la revisión de los resultados de 46 estudios y constataron una disminución de la reincidencia del 3% como media. Contrariamente a lo que esperaban,

⁴¹ SÁEZ, R. / SÁEZ, C. / RÍOS, J. / OLAVARRIA, T. / FÁBREGA, C. / GALLEGRO, C. / PANTOJA, F., “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. 18 ss. (en línea: www.poderjudicial.es).

⁴² SÁEZ, R. / SÁEZ, C. / RÍOS, J. / OLAVARRIA, T. / FABREGA, C. / GALLEGRO, C. / PANTOJA, F., “La mediación penal dentro del proceso”, cit., pp. 20 s.

los programas eran más efectivos en adultos (8% de reducción) que en jóvenes (2% de reducción). LATIMER ET AL. en 2005, en su revisión de 27 estudios sobre conferencing y 8 sobre mediación, encontraron un efecto de dimensión 0.7 (aunque con una gran dispersión de los resultados). Concluyen que los programas de JR consiguen reducir la reincidencia en mayor medida que las intervenciones no restaurativas. SHERMAN / STRANG en 2007 analizaron numerosos estudios incluyendo programas de mediación, conferencing y otros programas de restitución. Relatan una disminución considerable de la reincidencia tanto para delitos violentos como para delitos contra la propiedad. En el caso de infractores adultos, los programas de JR tienen una incidencia mayor que la prisión, y en los infractores juveniles el impacto es similar. La mayor incidencia se da en infractores adultos jóvenes, ya que, transcurridos dos años de la intervención, los que participaron en un proceso restaurativo reinciden en un 11%, y los que cumplieron pena privativa de libertad, en un 37%. Estos autores concluyen que, en general, el tipo de delito tiene influencia en la eficacia de la JR para reducir la reincidencia: funciona mejor en delitos graves que en leves, mejor en delitos violentos que en delitos contra la propiedad, y mejor en delitos con una víctima persona física que en delitos con otros tipos de víctima o sin ella⁴³.

Esta efectividad demostrada en la práctica contribuye a visibilizar la necesidad de evolucionar hacia una aplicación generalizada de la JR. Para atender estos casos desde una óptica restaurativa, ya sean derivados por el Fiscal, por el Juez, por los órganos penitenciarios o solicitados por los abogados de las partes o directamente por ellas, deberían existir en todo el país servicios específicos adecuados, integrados por especialistas que, en función de las circunstancias del caso concreto, aplicasen el método más adecuado de JR. Debido a su gravedad y a la elevada especialización del contexto judicial penal, posiblemente no sea apropiado que estos casos se gestionen desde los servicios de mediación comunitaria.

Respecto al funcionamiento y calidad de estos Servicios la mencionada Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, establece en su considerando 46, que los servicios de JR pueden ser de gran ayuda, pero requieren

⁴³ AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal”, cit., pp. 64 s.

garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada. Por su parte el artículo 12 establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las víctimas tengan acceso a servicios de JR seguros y competentes y establece además un listado de condiciones que deben reunir estos servicios.

España, como el resto de los países comunitarios, debe articular medios y recursos jurídicos y materiales para dar respuesta y efectividad a esta normativa que vincula a todos los estados miembros. Como primer paso, esta Directiva ha quedado transpuesta a través de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, cuyo artículo 15 contempla los servicios de JR y el derecho de las víctimas a acceder a estos servicios, cuando se cumplan los requisitos que establece. En lógica coherencia con la finalidad del Estatuto de la víctima, estos servicios quedan regulados, básicamente, desde una perspectiva centrada en el interés de la víctima.

Los servicios de JR han de estar integrados por personas que, además de una formación de origen (preferentemente proveniente de las ciencias sociales y jurídicas) y un aptitud y sensibilidad determinada, estén formados en técnicas de comunicación y recursos de mediación, que conozcan los demás métodos y técnicas de JR y que también estén familiarizados con el contexto judicial penal en el que se van a desarrollar estos programas. En este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ destaca la complejidad en la confluencia de dos procesos interdependientes: el de mediación y el judicial penal. Por ello la intervención mediadora en *“contextos judiciales penales no es sencilla pues confluyen en ella distintos procesos, espacios, tiempos, destinatarios y profesionales, todos ellos y sin remedio, interdependientes entre sí”*⁴⁴.

Para abordar adecuadamente esta complejidad sería recomendable contar con equipos pluridisciplinarios que, aparte de estar igualmente preparados y formados en los distintos métodos de JR, procedan de disciplinas diversas: Derecho, Psicología, Pedagogía, Trabajo Social, Sociología, Criminología, etc., con lo cual el trabajo individual y de

⁴⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, P., “El facilitador en la Justicia Restaurativa: sobre el rol del mediador penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dir.), *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, 2019. p. 263.

equipo se enriquece con aportaciones y perspectivas diferentes e integradoras. Además, la formación mediadora específica inicial, debería completarse con una formación continua que permitiese a los mediadores y facilitadores mejorar su actuación y sus competencias, constantemente y estar al día respecto a nuevas técnicas y recursos útiles y eficaces aplicables a la delicada tarea mediadora y a otras prácticas restaurativas en un entorno penal. Por la trascendencia de los asuntos tratados en mediación y las consecuencias jurídicas o penales atribuibles a su resultado, debe garantizarse una actuación del mediador transparente y desprovista de todo interés fuera del estrictamente humano y profesional de asegurar una óptima intervención técnica. Por ello, estos equipos deberían depender, preferentemente, de la Administración de Justicia, central o autonómica (en función del traspaso de materias). Esta adscripción o dependencia pública sería la mejor garantía de su eficacia y de una adecuada actuación orientada, en todo caso, a facilitar que la mediación, los círculos o conferencias se desarrollen con total neutralidad y equidistancia entre las partes, salvaguardando los intereses individuales y generales, que podríamos resumir en compensar a la víctima por el daño padecido y evitar la repetición de conductas similares por parte del ofensor. Con ello la mediación u otras prácticas restaurativas, contribuirían a la prevención, a una integración social real del delincuente y a una mayor seguridad ciudadana reconociendo, además, un mayor protagonismo a la víctima y a la propia comunidad, tal como señala RÍOS MARTÍN⁴⁵.

Distintos autores, como VARONA MARTÍNEZ destacan la necesidad de contar con facilitadores bien entrenados. Esta autora señala los aspectos fundamentales que contienen los protocolos de unos veinte estados de América del Norte para facilitar procesos restaurativos entre personas condenadas, incluso a pena capital y sus víctimas: en primer lugar el mediador o facilitador debe ser consciente de que su función no es juzgar, aunque tampoco permanecer neutral, ya que hay una persona que ha padecido un mal infringido por otra persona, en segundo lugar es fundamental realizar una buena preparación del caso, con los encuentros individuales previos que sean necesarios y dando una información clara a los participantes sobre cual es su papel y sus expectativas; además

⁴⁵ RÍOS MARTÍN, J.C., “Justicia Restaurativa y Mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia” (en línea: <http://docplayer.es/2082982-Justicia-restaurativa-y-mediacion-penal-una-apuesta-por-el-dialogo-y-la-disminucion-de-la-violencia.html>), p. 71.

el mediador o facilitador ha de gestionar adecuadamente la elevada tensión emocional que acostumbra a producirse en los encuentros. Finalmente ha de tratar las cuestiones penitenciarias que puedan surgir en los procesos restaurativos⁴⁶.

Los responsables del servicio han de fijar los objetivos, diseñar las directrices básicas y los protocolos o “*modus operandi*” de los equipos y de las intervenciones adecuadas a cada caso y situación, en base a lo establecido por la ley, tratando de agilizar los trámites formales y atendiendo las necesidades concretas de las personas, en la gestión de cada caso. Estos equipos, cuya dependencia orgánica se sitúa a nivel de la Administración pública, han de estar al servicio de los fiscales, jueces de instrucción, de los jueces penales, magistrados de las Audiencias Provinciales y abiertos a las derivaciones procedentes de los cuerpos policiales y a las solicitudes formuladas directamente por los ciudadanos, actuando como un servicio de la Administración pública, con carácter totalmente gratuito. En algunos países existen experiencias en las cuales también la policía se convierte en un activo derivador de casos a mediación, como por ejemplo en Dinamarca, en Bélgica o en Finlandia⁴⁷. También los equipos psicosociales que dependen de la Administración pueden ser destacados derivadores naturales u orientadores de las prácticas restaurativas en aquellos casos en que lo consideren un recurso apropiado en función de la situación concreta.

Es fundamental que el colectivo de abogados conozca también las opciones, posibilidades y ventajas que ofrece la JR para poder informar y recomendar a sus clientes (ya sean víctimas o victimarios) esta vía, en todos los casos en que se considere adecuado y pueda aportarles beneficios personales y jurídicos. En los supuestos que lleguen a estos servicios y que estén sometidos a un proceso judicial, en que el derivador no sea el Juez que instruye o conoce del caso, el equipo mediador deberá poner en conocimiento del Juez el inicio de la mediación o la práctica restaurativa adecuada al caso e informarle, posteriormente, de su resultado, procurando que la información sea lo más objetiva posible, para evitar un

⁴⁶ VARONA MARTÍNEZ, G., “Adecuación de los procesos restaurativos en delitos de carácter sexual”, en DE LA CUESTA, J.L. / SUBIJANA, I.J. (Dir.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 376 s.

⁴⁷ LIVARI, I., *Informe sobre la mediación en Finlandia*, 2003 (en línea: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fi-es.do?member=1).

menoscabo de la imparcialidad, la confidencialidad y la equidistancia propia de la filosofía restaurativa. La información al juzgado del inicio de la mediación o de la opción restaurativa que se estime más conveniente para cada caso, también puede realizarse por parte del letrado, generalmente del victimario, aunque tal información al Juez también puede ser facilitada por el abogado de la víctima.

Ante la solicitud efectuada directamente, por una parte, se informará al solicitante de las características y posibles consecuencias jurídicas y personales de la mediación o de la práctica restaurativa más apropiada al caso y se contactará con la otra u otras partes para ofrecer la misma información y la posibilidad de iniciarla. Se recomendará también a las partes la conveniencia de que comuniquen el inicio de la mediación a sus abogados, en caso de que no estén ya previamente informados. Si todas las partes están de acuerdo en el inicio del procedimiento restaurativo, se pone inmediatamente en conocimiento del Juez que instruye o conoce del proceso y que en principio y según el caso, no debería oponerse a la realización de la mediación o de la práctica restaurativa más apropiada. El mismo Juez luego será también informado del resultado del proceso. Si, por el contrario, la otra parte no acepta participar o el mediador estima objetivamente que no es posible iniciar un programa de JR, se archiva la solicitud y se pone en conocimiento del solicitante la imposibilidad de inicio. Si la demanda proviene del Juez o del Fiscal, el equipo establece el contacto con las dos partes, programando una primera entrevista individual con cada parte para informarlas, por separado, de la posibilidad de la mediación o del método que se estime oportuno, de sus características, implicaciones y posibles consecuencias y para recabar su voluntad de participar o no.

Como protocolo general es recomendable contactar en primer lugar con el investigado o condenado (en función del momento procesal) para que pueda tomar una decisión informada sobre la posibilidad de iniciar una mediación y para que el profesional mediador pueda verificar si reconoce algún tipo de participación o responsabilidad en los hechos o perjuicios producidos. Ha de cerciorarse también de si muestra voluntad, empatía suficiente y capacidad real de llevar a cabo algún tipo de actuación reparadora, ya sea moral o material a favor de la víctima. Esta actuación puede consistir en una mera disculpa, pero ha de ser lo más sincera posible para que la víctima la sienta como

auténticamente reparadora y tenga fuerza positiva y sanadora para ella. Si faltase ese mínimo reconocimiento de haber perjudicado de alguna forma a la víctima o no se diese una voluntad reparadora real, el contacto podría suponer una revictimización que el mediador debe evitar en todo caso. Una vez la persona mediadora se ha cerciorado de esa voluntad y capacidad reparadora del investigado, se entrevista con la víctima para ofrecerle la misma opción de la mediación o del encuentro restaurativo. En este encuentro con la víctima se la informará de sus características, su funcionamiento y también las posibles consecuencias personales y jurídicas que pueden derivar de un potencial acuerdo, para que, en ningún caso, la víctima pueda pensar o sentir que no ha sido correcta y plenamente informada de todos los aspectos que pueden derivar de la actuación mediadora y de suparticipación en la mediación. En este sentido se describen circuitos similares en protocolos de derivación a mediación como el recogido en la “*Guía para la práctica de la mediación Intrajudicial*” elaborado por el CGPJ⁴⁸.

A pesar de que la indicación o derivación proceda de la autoridad judicial, la mediación, así como los demás métodos de JR mantienen su premisa básica de voluntariedad, por ello, ambas partes conservan intacta su capacidad de aceptar o de rechazar esta opción. Si todas las partes se muestran de acuerdo en intentar la mediación u otra práctica restaurativa, se inicia de forma efectiva y su resultado final, con acuerdo o no, se pone en conocimiento del derivador, sea el Juez o el Fiscal. En caso de acuerdos, se hace llegar el documento que recoge dichos compromisos al Juez, para que pueda tomarlos en consideración en su decisión final, especialmente si de ello depende la aplicación de una atenuante, la articulación de una sentencia de conformidad o la posibilidad de la suspensión de la pena en base al art. 84-1 CP.

Los victimarios entregan estos acuerdos a sus abogados para que los documenten debidamente y promuevan la obtención del beneficio jurídico o penológico más adecuado para su cliente. En caso de mediación durante el cumplimiento de pena privativa de libertad, si el acuerdo puede tener relevancia jurídica para facilitar algún tipo de beneficio

⁴⁸ CGPJ, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, Madrid, noviembre de 2016 (en línea: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>), pp. 93 ss.

penitenciario (obtención del tercer grado, libertad condicional, apoyo de la petición de indulto...) se enviará al Juez de vigilancia penitenciaria, ya sea directamente por el servicio de mediación o de la forma que determine la defensa del penado. Suele informarse también, según corresponda, a los profesionales responsables del centro penitenciario o al equipo de la institución que haya promovido la mediación. En el supuesto de que el acuerdo no haya sido posible, el mediador responsable del caso envía al derivador (Juez o Fiscal) un informe objetivo y neutro sobre la evolución y el resultado de la mediación, con la finalidad de que el Juez tenga la información necesaria para continuar el proceso correspondiente, sin que esta información incida negativamente, en ningún sentido, en su decisión final.

Respecto al papel y la participación de los abogados de las partes, durante la mediación, siguen realizando su función de defensores de los intereses de sus clientes. En ocasiones, ante la petición de la parte o del propio abogado, el mediador puede considerar apropiado que el letrado esté presente en alguna de las sesiones de mediación, en función de las características del caso y de las personas implicadas. Si el abogado de una de las partes pide estar presente, la otra parte también debería contar con la compañía de su defensa letrada, o al menos sentirse arropada por otro profesional o persona cercana, para no romper el delicado equilibrio de poder entre las partes y que es necesario preservar en toda mediación. En supuestos de especial gravedad es particularmente importante que el abogado continúe asesorando activamente a su cliente, incluso respecto a la mediación o al método de JR aplicado, acerca de la bondad de su contenido y de los compromisos que se alcancen en el posible acuerdo y sus consecuencias jurídicas.

Estos servicios de mediación pueden estar ubicados en los mismos edificios de los juzgados o en dependencias de la Administración, pero en todo caso debería procurarse que, por su número y configuración, fuesen capaces de dar una respuesta homogénea a las demandas de todo el territorio, para evitar una discriminación negativa respecto a la limitación en la posibilidad de su utilización, tanto por parte de la autoridad judicial, como por parte de los ciudadanos afectados.

Respecto a la mediación realizada, en fase de cumplimiento de pena privativa de libertad, su puesta en práctica requiere una serie de elementos particulares, que no se dan en otros casos. En primer lugar, además del consentimiento de la víctima del delito, es básica la colaboración del Juez de vigilancia penitenciaria, de los equipos técnicos de los centros penitenciarios y la posibilidad de poder disponer de un espacio neutral y seguro, a poder ser, fuera del recinto penitenciario, que permita recrear las condiciones propicias de confidencialidad, seguridad y neutralidad, para el desarrollo de la mediación. En tal caso deberá contarse con la correspondiente autorización judicial que permita la salida puntual y controlada del interno del centro penitenciario para llevar a cabo dicha mediación. Existen modelos de servicios de mediación integrados en el propio equipo técnico de la cárcel que realizan su labor, exclusivamente con los internos del centro, ese sería el modelo que, como hemos visto, se puso en funcionamiento en Bélgica, con equipos de mediación adscritos a cada centro penitenciario que se sumó a la experiencia⁴⁹.

Otra posibilidad es la derivación de casos al equipo técnico de mediación adscrito a los juzgados, descrito anteriormente. Está igualmente capacitado y formalmente reconocido, tanto para realizar las mediaciones previas a la sentencia, derivadas por el Juez, por el Fiscal, o solicitadas directamente por las partes, como para llevar a cabo las mediaciones en las que la parte ofensora está cumpliendo condena privativa de libertad. En este modelo, los técnicos del equipo, asignados al caso, dan respuesta a las peticiones que les llegan de las distintas cárceles o a las peticiones de las víctimas, poniéndose luego en contacto con el interno correspondiente y con los equipos psico-sociales de cada centro para programar las entrevistas y coordinar el desarrollo formal de la mediación o del método escogido en función del caso. Este esquema de equipo pluridisciplinar que da respuesta tanto a las demandas de los Jueces o Fiscales, como directamente de los ciudadanos libres (víctimas u ofensores) o condenados a pena privativa de libertad, en colaboración con otros equipos técnicos, es el modelo seguido por el Equipo de Reparación y Mediación penal del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya⁵⁰.

⁴⁹ MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice*, cit., p. 31.

⁵⁰ VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY, N. (Cords.) / DAPENA MÉNDEZ, J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., *Invesbrenu Criminología*, núm. 25, 2003, *passim*.

En todo caso, sería recomendable potenciar servicios de información, que actuaran de forma previa a la interposición de la demanda o al inicio de todo procedimiento judicial, que permitiesen a los ciudadanos conocer, no solo cuáles son sus derechos, sino también cuáles son las diversas vías, posibilidades, opciones y recursos de los que pueden disponer ante un conflicto o un delito (o ambas cosas, ya que a menudo el delito es consecuencia de un conflicto mal gestionado) y las características y consecuencias de aplicar cada una de estas vías y recursos. Esta información se ofrecería desde una especie de “*ventanilla única*” que debería estar en un lugar muy visible y de fácil acceso en todos los edificios judiciales de forma similar a los “*Multi-Door Dispute Resolution División*” norteamericanos⁵¹ tanto para asuntos de carácter civil como penal. Estos servicios informarían a los ciudadanos de las características y consecuencias que conlleva optar por la vía judicial tradicional y también de la posibilidad y de las ventajas de aplicar la mediación, la conciliación y otras vías no contenciosas a disposición de todos los ciudadanos y que complementan el marco judicial ya sea civil o penal.

Esta información ha adquirido una especial relevancia tras la aprobación de la Ley 5/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, ya que como vimos, su art. 15 establece el acceso a los servicios de JR como una posibilidad a disposición de la víctima, y es evidente que si no es debidamente informada no podrá ejercer esta opción por puro desconocimiento.

Iniciar uno de los procesos posibles, disponiendo de asesoramiento e información suficiente, tanto sobre las posibles vías de actuación, como sobre las características y recorrido de la opción elegida y de sus previsibles consecuencias, ayudaría a las personas a evitar sorpresas y a asumir, con una conciencia más clara, el devenir y las incidencias inherentes al proceso elegido. Esta información facilitaría también una selección más adecuada, realista y consciente, de la vía más apropiada a las circunstancias de cada caso y a los intereses y necesidades concretas, relevantes y particulares de cada persona y situación.

⁵¹ *District of Columbia Courts* (EEUU), Información sobre *Multi-Door Dispute Resolution División* (en línea: <https://www.dccourts.gov/superior-court/multi-door-dispute-resolution-division/resources-for-mediators> y <https://dcra.dc.gov/service/multi-door-dispute-resolution-services>).

7. A MODO DE CIERRE

El modelo propuesto en los epígrafes anteriores, con integración complementaria de la mediación y otros métodos propios de la JR, en las distintas fases judiciales parte, por tanto, de la premisa de que los supuestos de entidad penal menor deberían ser, prioritariamente derivados a servicios municipales de mediación y JR donde pudiera aplicarse la mediación ciudadana u otros métodos apropiados al caso, resolviéndose así fuera de la vía penal y evitando su entrada en el circuito judicial. Supondría en la práctica una fórmula realmente “*diversionaria*” ya que implicaría la desjudicialización de un elevado número de situaciones de escasa consideración jurídica y penológica, pero que generan una significativa conflictividad social. Estos casos encontrarían en los servicios de JR la fórmula más adecuada para solucionar de forma efectiva y duradera el conflicto.

Avanzar la aplicación de fórmulas restaurativas a estos casos, supondría una contribución sustancial al inicio de un cambio que comportaría un proceso de descongestión judicial y desjudicialización efectiva de la vida social. Además de la mejora en la eficiencia de los juzgados, esta desviación fuera de la vía judicial de los delitos leves supondría contribuir a la pacificación de la convivencia y dar un paso decisivo en la búsqueda de soluciones reales y no solamente jurídicas. En un enorme porcentaje de discusiones, conflictos y discrepancias que dificultan la convivencia familiar y ciudadana su judicialización no aporta ni solución, ni respuesta efectiva, sino que muchas veces supone incentivar una nueva escalada del conflicto.

Al resto de supuestos, que entran en la vía judicial, podría ofrecérseles, desde el propio marco judicial, la posibilidad de una mediación u otro sistema restaurativo en la jurisdicción penal, permitiendo articular un tratamiento más adecuado y adaptado a las características y a la gravedad de cada supuesto, respetando siempre la voluntariedad de las partes. Con ello, la respuesta tiende a ser más satisfactoria para el conjunto de necesidades e intereses concretos de todos los implicados. En algunos supuestos, teniendo en consideración el principio de intervención mínima y de oportunidad, la intervención mediadora finalizada con éxito podría dar pie, no solo a la obtención de una atenuante o a la suspensión de la pena, sino incluso al archivo del expediente judicial. Se trataría de

aquellos casos en que el Juez apreciase que los intereses de la víctima quedan plenamente satisfechos, la prevención general no se viese afectada y que seguir adelante con el proceso judicial no aporta ningún beneficio para las partes, no está en línea con el ideal de economía procesal o que incluso pudiera llegar a ser contraproducente para los intereses de la víctima y para el victimario según el objetivo de resocialización reconocido en nuestra Constitución⁵².

La intervención judicial se centraría en los supuestos de mayor entidad penal y en aquellos en que una o ambas partes no desearan llevar a cabo un proceso de JR, con lo cual la carga de las oficinas judiciales se reduciría, agilizándose, en consecuencia, la tramitación de los casos más graves y la calidad de la nada fácil labor de impartir justicia.

La intervención mediadora o inspirada en otro proceso de JR permitiría a la víctima recuperar su protagonismo, ser escuchada y valorada en la exposición de su experiencia, facilitar su comprensión, la superación emocional de su vivencia traumática y plantear directamente el daño padecido y la reclamación de sus auténticas necesidades reparatorias al ofensor. En este sentido, la víctima tiene la posibilidad de participar en la determinación concreta del contenido de la reparación, que tratará de establecer y satisfacer mediante acuerdo con el ofensor.

En este trabajo se ha abordado recurrentemente la reparación a la víctima, por ser pilar fundamental de la JR, pero apenas si se ha mencionado tangencialmente el tema de su perdón, no obstante, se deduce una aproximación al perdón, aunque sea parcial en el acercamiento y en la conciliación entre víctima e infractor. A pesar de ello, en ningún caso ese perdón puede forzarse o exigirse a la víctima. En una mediación en un delito por homicidio imprudente en la que participé como mediadora, se produjo un diálogo sincero entre la víctima (directa respecto a lesiones propias e indirecta por la muerte de su compañero) y el infractor e incluso una comprensión mayor y más real de lo sucedido, aportando paz y conciliación a ambas partes. Al final de ese encuentro, en el que pudieron mirarse a los ojos, escuchar y hablar desde su propio dolor, la víctima, no pudo llegar a

⁵² Art. 25.2 de la CE: “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social ...*”.

expresar palabras de perdón, aunque su forma de aproximarse consistió en manifestar “*no puedo perdonarte, pero no deseo nada malo para ti, al contrario, deseo que las cosas te vayan bien*”.

Respecto al victimario, la mediación o el encuentro restaurativo que se articule en cada caso puede convertirse en un elemento decisivo de la prevención especial, ya que estimula un proceso de reflexión responsabilizador de sus actos y de las repercusiones que éstos pueden tener sobre sí mismo y sobre los demás. Le facilita la posibilidad de realizar una intervención activa, de carácter positivo, que disminuya por su propio esfuerzo, el daño causado y le abra la posibilidad de obtener beneficios jurídicos o penales que reducirán la entidad del castigo y facilitarán de forma efectiva un proceso de reinserción personal y social real. Por otra parte, este acto positivo actúa en un sentido compensador del daño causado, propiciando una reparación no solo de la víctima, sino también de su propio papel en relación con los demás, para sí mismo, ante su familia y ante la sociedad, lo cual puede tener efectos muy positivos en su proceso de reintegración familiar, social e incluso laboral.

También la comunidad resulta más beneficiada si puede recuperar a uno de sus miembros y reintegrarlo en la sociedad, que costeadando su encierro y privándole de una vida en libertad adecuada a los esquemas sociales de una convivencia en paz, respeto hacia los demás y con posibilidades de contribuir al propio avance y desarrollo social. Incluso la prevención general puede resultar potenciada por el valor ejemplar de ese acto positivo y por el cambio de actitud que denota la actuación realizada para compensar el daño producido y el esfuerzo por readaptar su comportamiento a las normas y esquemas de convivencia generalmente aceptados y adoptados de una forma legítima y democrática.

Para finalizar, una reflexión desde el pasado visionario de BECCARIA que puede reforzar el sentido actual de este análisis: “*La gravedad de las penas debe ser relativa al estado de la nación misma. Más fuertes y sensibles deben ser las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo recién salido del estado de barbarie...pero a medida que los ánimos se suavizan en el estado de Sociedad, crece la sensibilidad y creciendo ésta, debe disminuirse la fuerza de la pena, siempre que quiera mantenerse una relación constante*

entre el objeto y la sensación.”⁵³. En palabras de BRAITHWAITE “*las sociedades que perdonan y respetan, aun cuando toman el delito en serio, tienen índices bajos de delincuencia, mientras que las que degradan y humillan a los delincuentes tienen índices más altos*”⁵⁴.

⁵³ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, (edición facsímil de la traducción española de DE LAS CASAS, JA. de 1774), Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 254.

⁵⁴ BRAITHWAITE, J., “Delito, vergüenza y reintegración”, (trad. DEYM, J.), *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, núm. 42 (3), 2000.

CONCLUSIONES

I. A lo largo del presente estudio, se ha destacado la transformación constante y necesaria del Derecho penal. Transformación que, de forma más o menos armónica, afecta a todo el Derecho y que avanza lógicamente al compás del propio impulso y evolución del individuo, de los hitos y cambios históricos e, incluso, tecnológicos y de las corrientes culturales y sociales propias de cada época. Como hemos visto, esta evolución viene marcada por una tendencia de signo globalmente humanizador y restrictivo del Derecho penal. Esta tendencia, con sus avances y retrocesos, es especialmente evidente, en la progresiva transformación del concepto, finalidades, instrumentos y contenido del castigo penal. Se entendía inicialmente como un poder de reacción y venganza ilimitada de la víctima y de sus familiares que se justificaba en el acto cometido. Más tarde se convierte en monopolio del Estado, facultándole en exclusiva, para infringir un sufrimiento personal y físico al ofensor en respuesta al delito. Hasta configurarlo actualmente, como un sistema basado en la prevención (general y especial), la reinserción, la humanización y la proporcionalidad de las penas. Un sistema que se orienta a promover la responsabilización sobre los actos propios y a potenciar la pedagogía social del desvalor de determinadas conductas que afectan negativamente a otras personas y a la sociedad en general. La progresiva inclusión de valores y utilidades personales y sociales en el Derecho penal que van más allá de la pura filosofía retributiva, son la demostración de una nueva sensibilidad, dentro del sistema penal, que viene manifestándose y que paulatinamente se va consolidando, desde finales del siglo XIX.

II. Por otra parte, el Derecho penal no puede desconocer o ser indiferente a la creciente demanda de seguridad que, en no pocas ocasiones, se utiliza de forma interesada o se retroalimenta por la presión mediática. Constituye una realidad evidente y una exigencia a la que nuestra sociedad es altamente sensible en este momento. Por ello, el modelo reparador que se propone desde este trabajo, trata de conjugarse adecuadamente con la seguridad de las personas y no supone, en ningún momento, un mayor riesgo ni peligro para los participantes en estos procesos restaurativos, ni una merma respecto a la prevención general o especial. Más bien al contrario, ya que refuerza la confianza general en un nuevo modelo de Justicia más integrador que tiene en cuenta no solo los elementos

formales, sino sobre todo las necesidades reales de las víctimas y favorece mecanismos de reflexión y cambio en el victimario. Este proceso de introspección personal puede contribuir a la prevención de nuevos delitos y a una resocialización real y efectiva, en contraposición a un aislamiento innecesario, desintegrador y que, además suele ser generador y perpetuador de conductas reactivas y antisociales en el ofensor.

III. Se ha analizado de forma más pormenorizada la mediación, su implementación desigual en el sistema penal español, sus características y ventajas, por ser el sistema de JR más consolidado actualmente y que cuenta con un cierto reconocimiento jurídico y social y con la implantación territorial y temporal más amplia en España y en toda Europa. Su desigual implementación en nuestro país supone un elemento disfuncional de discriminación territorial que debería subsanarse para que todos los ciudadanos pudiesen realmente acceder a esta posibilidad en igualdad de condiciones y en toda la geografía nacional.

IV. Por otra parte, la mediación puede considerarse más adecuada en aquellos delitos con una o dos víctimas y/o victimarios y con una repercusión y consecuencias centradas principalmente en un reducido número de personas. No obstante, los demás métodos mencionados y, en especial, las conferencias de familia, los encuentros restaurativos y los círculos de sentencia o de paz, están adquiriendo un papel creciente en todo el mundo y también en nuestro país con algunas experiencias concretas muy interesantes, principalmente, en el País Vasco y en Cataluña. En determinados tipos de delitos en los que se han visto involucradas una pluralidad de personas, estos sistemas (recuperados de antiguas tradiciones tribales) pueden brindar incluso respuestas más eficaces y adaptadas al caso concreto que la mediación. Por ejemplo, las conferencias de familia en delitos cometidos por menores, ya que incluye la participación de la víctima o víctimas, del infractor o infractores, la de sus respectivos familiares y allegados que se implican plenamente en la búsqueda de respuestas reparadoras para la víctima y en la elaboración de un plan que permita al victimario superar la conducta que le llevó a cometer el delito. Los familiares se comprometen a apoyar al infractor en el cumplimiento del plan diseñado, con lo cual puede tener una mayor eficacia para prevenir nuevos delitos y contribuir a un cambio positivo en la actitud del victimario, ya sea menor o adulto,

reforzado en ese sentido, por el entorno familiar. También en el caso de conflictos en la comunidad que muchas veces acaban en delitos leves (antiguas faltas), podría tener una enorme eficacia preventiva llevar a cabo intervenciones en formato de círculo de paz, en el cual todas las personas directa o indirectamente afectadas por un conflicto o por la comisión de un delito pueden expresar, en igualdad de condiciones, su vivencia, sus preocupaciones y las necesidades generadas a raíz de la situación. Con las aportaciones de todos y con la ayuda de un facilitador debidamente formado, los integrantes del círculo buscan soluciones efectivas y duraderas que, además conlleven la virtualidad de evitar la repetición de situaciones similares que puedan afectar a la buena convivencia o motivar la reiteración de nuevos delitos.

V. En todo caso, la aplicación de cualquiera de los métodos de JR supone, por una parte, preservar la presunción de inocencia y asumir el pleno respeto a las demás garantías judiciales y penales. Todas las personas implicadas pueden disponer de asesoramiento jurídico y de la asistencia letrada en cualquier momento. Por otra parte, debe garantizarse la plena asunción de los principios básicos comunes de la JR: voluntariedad de las partes, actuación equilibradora, profesional y neutral del facilitador que propicia el diálogo, la comprensión mutua y favorece la expresión respetuosa de las necesidades, vivencias y posibilidades reales de las partes.

VI. Ofrecer una actuación preventiva previa a la comisión del delito. La filosofía y los principios restaurativos pueden aplicarse en situaciones conflictivas en que se manifiestan dificultades, discrepancias y desajustes convivenciales, pero en las cuales todavía no se ha producido ningún ilícito penal. Este objetivo se materializa a través de la organización de encuentros restaurativos formales o informales, cuya puesta en práctica suele ser muy útil en distintos ámbitos. Por ejemplo, a nivel ciudadano, adquieren un enorme valor al reforzar los lazos de convivencia, incrementando el denominado “*capital social*” entendido como el fortalecimiento de la red de relaciones entre las personas que comparten un mismo entorno. Si se cultiva una convivencia adecuada en la que todos se sienten física y emocionalmente integrados en la comunidad, es más difícil que algunos de sus miembros quieran vulnerar esa convivencia de la que se sienten co-constructores y parte activa, de ahí su fuerza preventiva.

También en el ámbito escolar está adquiriendo un papel creciente la práctica de círculos y encuentros restaurativos para poner en común y debatir situaciones que preocupan a los alumnos y que afectan a la convivencia y a la propia labor formativa. En este espacio, algunas actuaciones nocivas que no son gestionadas adecuadamente en un primer momento pueden convertirse en delitos. Se trata de comportamientos que vulneran gravemente la convivencia en las aulas y la integridad psíquica y física de los afectados, como el acoso entre los propios alumnos. El enfoque restaurativo en la gestión de los desajustes ordinarios en la convivencia dentro de las aulas tiene un destacado efecto preventivo y desincentivador de posibles conflictos. Este abordaje avanzado y preventivo puede desactivar incipientes conductas acosadoras y situaciones que son de enorme actualidad y preocupación social.

VII. En el marco de este movimiento de progresiva humanización, flexibilización, voluntad integradora y evolución conceptual del Derecho penal y de sus respuestas tradicionales, la JR y la mediación se muestran como elementos propiciadores de un nuevo y decisivo avance en esa evolución desde un modelo, que en la práctica sigue siendo, básicamente formalista, estereotipado y predominantemente punitivo, hacia un nuevo paradigma que prime el ideal reparador. Un modelo más flexible que promueve nuevas formas de reacción social que antepone la reparación a la víctima, como primer objetivo. Que posee un destacado calado preventivo-resocializador ante la delincuencia, ofreciendo oportunidades para compensar el daño, y que actúa con una mayor consideración hacia el conjunto de circunstancias personales y necesidades concretas de cada caso. Todo ello sin dejar al margen la voluntad y el interés real (no meramente formal) de sus protagonistas y de la comunidad afectada. Este nuevo modelo, potenciador de la filosofía restaurativa y de la mediación en especial, según el esquema propuesto en el presente trabajo (que, como veíamos, no es ajeno a nuestras tradiciones más ancestrales) reconocería un mayor protagonismo a la víctima en la toma de decisiones sobre las consecuencias del delito. También diversificaría las posibilidades de reacción, y, en consecuencia, permitiría hallar respuestas más adecuadas a cada caso, fundamentadas en soluciones reales concretas e integradas en el propio entorno, más que en una aplicación genérica del Derecho. La forma de reacción básica ante el delito entraría en un paradigma positivizador y no consistiría tanto en devolver daño por daño, como

primera opción, sino en primar y potenciar la reparación de la víctima. La segunda preocupación estaría en buscar una respuesta positiva, responsabilizadora, integradora, no estigmatizante y con vocación resocializadora para el ofensor, que fuese la más útil posible ante el perjuicio ya producido y la más éticamente preventiva para evitar males futuros y reforzar una buena convivencia. La implementación de estos criterios no implicaría una disminución del nivel de seguridad general ni una conculcación de las garantías penales. Como se ha defendido anteriormente, la peligrosidad del ofensor, entedida como el riesgo elevado de reiteración de conductas gravemente lesivas, sería un elemento a tener en consideración antes de aplicar cualquier medida que pudiese conducir a una interacción totalmente libre del ofensor con el resto de los ciudadanos. Se evitaría así la exclusión de la vía penal o la aplicación de beneficios penitenciarios que supusieran un avance en la obtención de la libertad total, en los casos de riesgo concreto o de elevada peligrosidad social.

VIII. La voluntariedad como elemento fundamental. La aplicación de cualquiera de los instrumentos de JR es una opción siempre voluntaria, tanto por parte de la víctima como por parte del victimario, y además debe responder a los principios que la inspiran, como, por ejemplo, la no revictimización del ofendido. Por ello, no será aplicable un instrumento de JR cuando falte la voluntad, libre, informada y plenamente consciente de alguna de las partes de participar. O cuando no se den otros requisitos básicos como la aceptación de la víctima para ser reparada directamente o admitir el esfuerzo (ya sea moral o material) del ofensor por compensar el daño causado. En los supuestos en que el ofensor es menor, en base a los objetivos propios de la justicia de menores, se articulan otras vías que no suponen forzar a la víctima cuando ésta no desee participar en un proceso restaurativo. En el caso de infractor adulto, cuando el profesional mediador descarte la conveniencia de aplicar la mediación u otro instrumento restaurativo a la situación concreta, o por Ley se limite tal aplicación (como la actual prohibición de la mediación en los casos de violencia de género según la LO 1/2004), deberá acudir de forma subsidiaria a los instrumentos y medidas del Derecho penal tradicional.

IX. Por los motivos comentados, en este trabajo no se pretende la sustitución del sistema penal por un nuevo sistema basado exclusivamente en la JR, por considerarlo una utopía

irrealizable, al menos actualmente. Sino que se defiende claramente la integración complementaria de sus principios dentro del sistema penal y la aplicación de sus instrumentos, siempre que sea posible, adecuado a la situación concreta y libremente aceptado, de forma consciente e informada por sus protagonistas. La asunción de estos principios por parte del sistema penal supondría un elemento dinamizador que contribuiría a la creación de un nuevo modelo más constructivo, útil, flexible, adecuado para satisfacer las necesidades de las personas. Se trataría de un modelo integrador de ambos paradigmas, representativo de los valores que proclama nuestra sociedad, como el reconocimiento del protagonismo de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones en temas que les afectan directamente.

X. Respecto a la mediación en concreto, que es el sistema de JR más conocido en España, hemos visto que su implantación generalizada no solo es posible, sino conveniente y útil, incluso dentro del limitado reconocimiento normativo que lo ampara actualmente en nuestro país. Aunque, evidentemente, serían recomendables cambios legislativos adicionales, tanto formales como sustantivos, que otorgasen a la JR en general y a la mediación en particular una función complementaria real a la vía judicial. Estas modificaciones normativas deberían garantizar la posibilidad de su utilización por parte de todos los ciudadanos, en igualdad de condiciones y en concordancia con la normativa europea de fomento de la JR. Se trata de avanzar en la misma línea de los países, social y jurídicamente más avanzados, en los cuales la mediación es ya un recurso habitual y accesible para todos los ciudadanos del Estado. En este sentido, residir en una u otra parte del territorio nacional no debería suponer una discriminación o un impedimento, sino que, en base al principio de igualdad de derechos de todos los ciudadanos, el Estado debería garantizar las mismas oportunidades de acceso a los servicios y programas de JR. Los cambios legislativos aludidos para la implantación de la JR deberían acompañarse del necesario complemento presupuestario para darles efectividad y eficacia real.

XI. Nuestro sistema legislativo debería contemplar, reconocer y regular con mayor detalle el acceso a la mediación y a otros tipos de encuentros y fórmulas restaurativas, en menores y también en adultos, facilitando la accesibilidad a todos los ciudadanos que quisieran acogerse a esta opción y reuniesen los requisitos que se determinen, sin que se

produzca ningún tipo de discriminación territorial o económica. Por ello, la participación en estos Programas de JR debería ser preferentemente gratuita para todos los ciudadanos y articularse como un servicio público, ya sea organizado y financiado a nivel municipal (en el caso de conflictos ciudadanos atendidos de forma previa al sistema judicial, e incluso, en supuestos que pudieran tipificarse como delitos leves), o a nivel estatal o autonómico (en función de las transferencias reconocidas) en el caso de expedientes ya judicializados y en los supuestos de ámbito penitenciario. Si el acceso universal a los programas de JR no fuera posible por cuestiones presupuestarias, como mínimo el sistema debería garantizar la gratuidad para aquellas personas con derecho a acogerse a la justicia gratuita en función de sus circunstancias económicas y familiares, según los mismos parámetros aplicables para la asistencia jurídica de un abogado de oficio. Lo contrario supondría una vulneración flagrante del principio de igualdad de derechos y oportunidades.

XII. Por otra parte, deberían activarse programas de investigación relativos al estudio teórico y a la aplicación práctica de otros instrumentos de JR, distintos a la mediación, que ya están funcionando con notable éxito, desde hace años, en otros países. Estos métodos, más recientes y poco utilizados todavía en nuestro país, cuentan con menos estudios doctrinales y científicos que la mediación. No obstante, incluso pueden ser más adecuados que la propia mediación en algunos casos en atención a las circunstancias concretas concurrentes. Por ello, profundizar en estas metodologías sería muy útil para avanzar en su conocimiento y en promover y garantizar una buena praxis. Como ejemplo, los círculos de paz son muy útiles en los conflictos que afectan a una pluralidad de personas y que repercuten en la propia comunidad. O las Conferencias de Familia (*Family Group Conferencing*) en infractores adultos o en menores, que suman a la responsabilización del victimario y a la reparación de la víctima, la implicación de su familia o cuidadores en el diseño de un plan individualizado con actuaciones y medidas de apoyo al infractor por parte de sus familiares para adoptar y motivar lo cambios necesarios en su conducta y cumplir los compromisos del plan acordado en la Conferencia.

XIII. A corto plazo, sería deseable articular una ley específica que regulase la aplicación de la JR y su integración complementaria dentro del marco del sistema penal, además de las posibles consecuencias jurídicas y repercusiones penológicas de los resultados obtenidos de la aplicación de estas metodologías. De esta forma se abriría la generalizada posibilidad de aplicar la mediación y otros métodos de JR, pudiendo optarse por uno u otro en función de las circunstancias del caso concreto. Esta ley debería garantizar también la disponibilidad de estos sistemas en todas las etapas del proceso y en todos los partidos judiciales. Una ley que tuviera repercusión en la regulación sustantiva y formal, que no se limitase a recoger los supuestos de aplicabilidad (o inaplicabilidad), sino que, a través de su reglamento, canalizase también las vías de derivación judicial y policial. Esta norma debería organizar los cauces adecuados para establecer un circuito de derivación de casos ágil y eficiente, tanto para las instancias judiciales (a las que el servicio deberá mantener informadas sobre la evolución de cada caso) como para los ciudadanos que accediesen al servicio. Sería fundamental que se estableciese la existencia y disponibilidad de servicios de JR en todos los juzgados o que, cuanto menos, se dispusiera la existencia de un servicio en cada partido judicial, regulando las bases de su funcionamiento y su relación con los órganos judiciales (jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia). En este sentido, sería recomendable que esta norma contuviera o amparase la redacción de protocolos orientativos y que estructurase los servicios de mediación con una cierta tendencia homogeneizadora. La existencia de unos criterios mínimos comunes, contribuirían a garantizar la calidad, una buena praxis y una filosofía compartida por los servicios existentes en todo el país, respetando las particularidades de cada comunidad autónoma.

XIV. En este trabajo se defiende que esta futura regulación no debería limitar la aplicabilidad de la JR y de sus distintos métodos en función de la tipología de los casos o de su gravedad penal. La experiencia práctica demuestra que la posibilidad de aplicar un método de JR y su éxito, en términos de satisfacción para la víctima y para el victimario, no depende tanto de la gravedad del hecho como de la voluntad y la actitud de sus protagonistas. De ahí que, en virtud de las experiencias internacionales ya señaladas, se propugne que, a priori, sean métodos de aplicación posible y optativa en todos los supuestos y luego a posteriori en función de la voluntad real de las personas concretas, en

especial de la víctima, de su capacidad, libertad de obrar y actitud, los operadores jurídicos y profesionales mediadores, establezcan su viabilidad en cada supuesto concreto. En los casos más graves, incluso con resultado de muerte por asesinato, si las víctimas indirectas (familiares o personas vinculadas afectivamente) lo solicitasen, debería facilitarse la puesta en práctica de alguna de las opciones restaurativas, independientemente de que el ordenamiento establezca que, de los posibles acuerdos o compromisos puedan derivar o no, beneficios penales o penitenciarios.

XV. Es de especial interés, en función de garantizar una buena praxis, fomentar una formación inicial y continua mínima de calidad para poder desarrollar apropiadamente la labor mediadora o facilitadora de los técnicos integrantes de los servicios de JR. En este sentido, sería adecuado que se determinase mediante ley o reglamento, en primer lugar, la titulación profesional de base que han de tener estos técnicos para poder desarrollar su actividad, y, en segundo lugar, la formación específica mínima requerida, tanto inicial como continua, para actualizar, con nuevos aprendizajes en JR, sus métodos, técnicas, habilidades, conocimiento del sistema penal, etc.

XVI. Si estamos hablando de profesionales que desarrollan su actividad en el marco de estos servicios que trabajan con personas, vivencias, emociones y normas en materias tan humana y socialmente sensibles, es también importante incentivar la elaboración de un código ético propio. Un código que oriente su actividad a la luz de unas directrices guiadas por los principios fundamentales de la JR, por las buenas prácticas mediadoras, por el afán de ofrecer la mejor atención, poniendo en valor los intereses y necesidades de los ciudadanos como usuarios de estos servicios que han de estar orientados al interés general. La persona mediadora o facilitadora actúa como garante de que la mediación o el método aplicado sea viable y útil para las personas en el caso concreto. Por ello tiene una especial responsabilidad desde el primer momento en que contacta con las partes, a las que debe informar de manera completa y honesta sin alentar falsas expectativas. Por ejemplo, en las entrevistas iniciales, ha de adoptar las cautelas necesarias para evaluar y determinar si es viable y oportuno o no aplicar un método restaurativo en función de la voluntad, consciencia, capacidad y actitud tanto de la víctima como del victimario. Este

punto nos lleva, de nuevo, a la capital importancia que adquiere una adecuada y amplia capacitación de la persona mediadora.

XVII. Las propuestas defendidas discurren en sintonía con la generalizada conciencia acerca del agotamiento de un modelo predominantemente sancionador que se basa, no tanto en buscar respuestas útiles ante el delito, sino prioritariamente en el castigo. Por otra parte, como se ha expuesto, un porcentaje nada despreciable de delitos son consecuencia directa o indirecta de un sistema estructural que presenta déficits sociales y materiales. En estos casos, por tanto, difícilmente podrá evitarse la comisión de delitos sino se buscan y articulan soluciones a problemas estructurales que en muchas ocasiones contribuyen a la producción y reiteración de las conductas delictivas no deseadas, con especial incidencia, en determinadas zonas urbanas.

XVIII. Se defiende la existencia de un sistema de justicia penal con sensibilidad restaurativa, integrado en un diseño social global que articule actuaciones destinadas a valorar la ética y la necesidad de las normas de convivencia. Que priorice paliar y prevenir a priori las causas potenciales del delito y que estimule, a posteriori, el estudio y aplicación de nuevas formulas útiles, restaurativas y diversificadas de reacción ante el acto delictivo. Se trata de buscar nuevas respuestas que sean a la vez satisfactorias, posibles y útiles para sus protagonistas directos y también para los indirectos que integran la sociedad. Respuestas que supongan, en definitiva, sustituir la idea de venganza punitiva por actuaciones que potencien la compensación y la integración social, y que estén orientadas hacia la construcción de un futuro mejor para las personas.

XIX. El cambio de enfoque que se propone en este trabajo debería acompañarse del incremento de actuaciones de tipo preventivo que incidieran tanto en la mejora material de elementos estructurales, especialmente en determinadas zonas con mayores déficits en este sentido, como en la posibilidad de trabajar de forma preventiva e inclusiva los conflictos y discrepancias surgidos en la comunidad. Esta labor se llevaría a cabo a través de la difusión de fórmulas restaurativas que promuevan la cohesión, la integración y el valor de la convivencia, reforzando los vínculos y creando, en definitiva, “*capital social*” con evidente potencial preventivo y desactivador de conductas antisociales. Para alcanzar

este objetivo es imprescindible la creación de servicios de JR a nivel local que, junto a la mediación, apliquen también círculos y encuentros restaurativos para gestionar los conflictos de baja intensidad de forma preventiva. Estos servicios facilitarían un abordaje holístico y sanador que partiese desde la propia comunidad y facilitase soluciones reales e integradoras, adecuadas a las necesidades de cada caso. Es evidente que la estructuración de estos servicios y mejoras requiere destinar recursos materiales y personales que debería asumir la Administración pública en colaboración con la sociedad civil, sumando fuerzas en pro de un objetivo común que beneficiaría al conjunto de la ciudadanía. Destinar la necesaria partida presupuestaria a la creación de estos servicios de mediación y JR permitiría atender en una especie de primerísima instancia, un gran número de conflictos surgidos en el seno de la propia comunidad. Se podrían gestionar incluso, de forma preventiva, discrepancias o actos sin relevancia penal pero que causan malestar y deterioran la convivencia, evitando así la escalada del conflicto, su judicialización y en consecuencia la actual sobreutilización del sistema judicial que afecta negativamente a su propia operatividad y eficacia.

XX. Incorporando, de forma paulatina, los cambios propuestos en estas conclusiones, se puede contribuir a adecuar la respuesta del sistema penal a la pulsión humanizadora de su transformación histórica. Se trata de buscar y activar fórmulas más participativas y “*diversionarias*”, que favorezcan el restablecimiento de la paz social entre las partes, que sean menos rígidas, menos estigmatizantes, más útiles en términos de reparación a la víctima, de responsabilización y recuperación social del infractor y de fortalecimiento del tejido social. En definitiva, más cercano a las auténticas necesidades de las personas en concreto y de la sociedad en general que reclama también un mayor protagonismo activo y participación como comunidad afectada en la gestión de estos casos.

XXI. La JR, como filosofía de fondo y la mediación u otros métodos como instrumentos concretos, orientados a la reparación de la víctima y a la resocialización del victimario, por su capacidad de adaptación y de respuesta a las necesidades reales concretas, pueden suponer un potente elemento dinamizador y transformador del Derecho penal que además implique un giro democratizador de signo más horizontalizador, en el sentido de escuchar

y tener en consideración, no solo al Estado y a sus órganos de poder, sino sobre todo a la víctima y al victimario concretos y a la sociedad a la que pretende regular.

XXII. Entiendo que la respuesta no está en separar y aislar la JR y la mediación del sistema penal y que, ambos avancen en paralelo. Difícilmente la JR podrá alcanzar trascendencia social efectiva y aportar sus ventajas, si se desmarca del ámbito del Derecho penal y se desarrolla totalmente al margen de su estructura, de las garantías y de la seguridad que confiere el ordenamiento jurídico. Por otra parte, el Derecho penal puede beneficiarse de estos nuevos métodos que le confieren flexibilidad, le permiten construir una respuesta integral, más adecuada a las necesidades del caso concreto y le acercan a esquemas más humanos y socialmente más útiles. Los instrumentos de la JR, a diferencia de las concepciones más dogmáticas y teóricas del Derecho, garantizan una mejor atención a las necesidades concretas y reales de las personas. El Derecho tampoco constituye un fin en sí mismo, sino que se trata de un instrumento imprescindible y fundamental, pero que ha de estar al servicio, por igual, de todos los ciudadanos para promover y hacer posible una convivencia pacífica, respetuosa, justa, armónica y basada en valores éticos y democráticos. Ahí reside precisamente un punto en común en el que convergen ambos sistemas.

XXIII. Avanzar en la dirección adecuada, para que el Derecho penal ofrezca respuestas más útiles para el individuo y para el conjunto social, no es solo un reto, es también una obligación de búsqueda y de actualización constante para todos los que creemos en la utilidad, la necesidad, el valor, la humanidad y la ética del Derecho, como un instrumento en constante transformación y al servicio de todas las personas y de sus relaciones de convivencia en paz y libertad. En este reto de innovación orientado hacia una pulsión más reparadora del Derecho penal, es imprescindible que se involucre la Administración estatal y autonómica para conferir el necesario impulso oficial, material, presupuestario y legislativo. Pero también es fundamental el apoyo de las universidades y de los investigadores para profundizar en el estudio de estos nuevos métodos, en el análisis empírico de su aplicación práctica y de los resultados obtenidos, contribuyendo a la elaboración de una buena teoría que ampare y guíe una implementación adecuada y una praxis satisfactoria.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006.

- *La pena de localización permanente*, Comares, Granada, 2008.

AERTSEN, I., “Belgium”, en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN / HORSFIELD, P. (Eds.), “Restorative Justice in an European perspective”, Documento presentado en la Conferencia de Justicia Restaurativa, Dublín, 23 de abril de 1999.

- “Restorative Justice Activity in Europe”, documento presentado en la Conferencia sobre Justicia Restaurativa, Rusia, Moscú, 22-24 de mayo 2001.
- *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. núm. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 45-88.

AERTSEN, I./ ARKOSOVKA, J. / HOLGER, C.R. / VIÑAS, M. / VANSPAUMEN, K., *Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts*, Willan Publishing, Portland, 2008.

AERTSEN, I / MACKAY, R. / PELIKAN, C. / WILLEMSSENS, J. / WRIGHT, M., *Rebuilding Community connections- mediation and restorative Justice in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2004.

AERTSEN, I. / PETERS, T., “Mediation for reparation: the victims’s perspectives” en Fattah, E. and Peters, T. (Eds.), *Support for Crime Victims in a Comparative perspective*, University Press, Leuven, 1998.

AERTSEN, I. / VANFRAECHEM, I. / WILLEMSSENS, J., “Restorative justice in Europe: introducing a research endeavor”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J.

(Eds.), *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 1-7.

AGUILAR CÁRCELES, M.M., “La cara opuesta al retribucionismo penal: la Justicia Restaurativa y la especial protección de los menores de edad”, RDPC, núm. 21, 2019, pp. 13-58.

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

ALLER, G., *Dogmática de la acción y praxis penal*, B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009.

- *El Derecho Penal y la Víctima*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALVARADO PLANAS, J. / MONTES SALGUERO, J. / PÉREZ MARCOS, R. / SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D., *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, 2ª ed., UNED, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Código penal y Ley Penal del Menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ÁLVAREZ RAMOS, F., “La Aplicación de la pena de muerte durante el alto imperio romano”, en *Estudios Humanísticos. Geografía, historia y arte*, núm. 12, 1990, pp. 59-84.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. / MERINO ORTIZ, C. / MÉNDEZ VALDIVIA, M.T., “Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja”, en TORRADO TARRÍO, C. (Coord.) / CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas*

realidades, nuevos retos: análisis de los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario, Wolters Kluwer: La Ley, 2013, pp. 451-488.

ARENAL PONTE, C., *Estudios Penitenciarios*, primera edición 1877, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

ARROYO ZAPATERO, L., *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

AYORA MASCARELL, L. / CASADO CORONAS, C., “La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: el análisis de la situación y propuestas de futuro”, CEJFE, Barcelona, 2017 (en línea: http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2017/mediacio-penal-cat/mediacion_penal_cataluna.pdf).

BACHINGER, L.M. / PELIKAN, C., “*Victims’ experiences in victim-offender mediation in Austria: the “real” story*”, en VANFRAECHEM, I. / BOLIVAR, D. / AERTSEN, I. (Eds.) *Victims and Restorative Justice*, Routledge, Londres, 2015, pp. 83-106

BACIGALUPO ZAPATER, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo actual”, RPJ, núm. 43-44, 1996, pp. 119-138.

BARATTA, A., “Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia penal”, RS, vol. núm. 13, 1980, Barcelona, pp. 13-48.

- *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

BARBERO SANTOS, M., “Política y Derecho penal en España”, RDP, núm.1, 1978, pp. 127-128.

BARNETT, R., “Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice”, *Ethics*, 87 (4), 1977, pp. 279-291.

BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, RdD, Universidad Católica del Norte, sección ensayos, núm.1, 2011, pp. 185-211.

- “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal”, Foro de opinión, RPJ, núm. 94, 2012, pp. 23-32.
- “Mediación penal como instrumento restaurativo de las víctimas. ¿En todo caso y para todas las víctimas?”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables, en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 457-482.
- “Encuentros restaurativos, tránsito de la guerra a la paz: ¿instrumento paliativo o reconstructivo?”, *Estudios de Derecho*, núm.165, 2018, pp. 21-41.

BARQUIN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO J.D., “En los dominios de la Prisión. Distribución numérica de las penas en el Código y en la Justicia penal”, RECPC, núm. 14, 2012, pp. 1-52.

BARUCH BUSH, R.A. / FOLGUER, J.P., *La promesa de la mediación*, Granica, Barcelona, 1996.

BECK, U., *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, (trads. NAVARRO J. / JIMENEZ, D. / BORRAS, M.R.), Paidós, Barcelona, 2002.

BELLOCH JULBE, J.A., Prólogo a la obra en edición facsímil del *Tratado de los Delitos y de las Penas*, de Cesare de Bohesana, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

BERGALLI, R., “Una visión sociológica de la cárcel en España”, en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *La Cárcel en el Sistema Penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1996.

BERISTAIN IPIÑA, A., *Problemas criminológicos*, Inst. Nacional de Ciencias Penales, México DF, 1984.

- *La mediación Penal*, CEJFE Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999.

- *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BERNABÉ SEGOVIA, J.L., “Justicia Restaurativa y Mediación Penal”, en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords.), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2014.

BIANCHI, H., *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control*, Indiana University Press, Bloomington Indiana, 1994.

BIKELIS, S. / SAKALAUSKAS, G., “Lithuania”, en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 477-500.

BLAY GIL, E., *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, Atelier, Barcelona, 2007.

BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 2008.

BODON, J. / RIVERA I. (Coords.), *Secuestros institucionales y derechos humanos*, Bosch, Barcelona, 1997.

BOHESANA, C., Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, edición Facsímil de la traducción española de DE LAS CASAS, J.A., de 1774, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. / GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BONAFÉ-SCHMITT, J.P., “*La Mediation penale en France et aux États-Unis*”, LGDJ, Paris, 2010.

BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de Seguridad, peligrosidad, postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización, una cuestión de límites”, RGDP, núm. 18, 2012.

BRAITHWAITE, J., “*Thinking harder about democratising Social Control*”, en *Family Conferencing and Juvenile Justice: The way Forward or Misplaced Optimism*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1994, pp. 199-216.

- “*A future Where Punishment is marginalized: Realistic or Utopian?*”, UCLA Law Review, University of California, School of Law, vol. 46, 1999, pp. 1727-1750.
- “*Delito, vergüenza y reintegración*”, (trad. DEYM, J.), Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, vol. 42, (3), 2000, pp. 281-298.
- *Restorative Justice and Responsive regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BRUCKMÜLLER, K. / KOSS, C., “*Diversion for Promoting compensation to victims and Communities during the Pre-trial proceedings in Austria*”, en *European Best Practices of Restorative Justice in Criminal Procedure, Ministry of Justice and Law enforcement, Republic of Hungary, with the financial support of the European Commission*, 2010, pp. 109-117.

BUFFARD, S., *Le froid pénitentiaire, l'impossible réforme des prisons*, Du Seuil, París, 1973.

BÜLLESBACH, A., “La ciencia jurídica ante las ciencias sociales” (trad. FARIÑAS DULCE), en KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. / ROBLES MANCHÓN, G. (Coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, pp. 365-390.

BURNSIDE, J., “*Retribution and restoration in biblical texts*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing Portland, 2007.

CACHÓN, M. / CID MOLINÉ, J., “La pena de días multa como alternativa a la prisión”, en CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (Coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 37-58.

CADALSO, F., *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, J. Góngora, Madrid, 1922.

CALVO GARCÍA, M., “El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de Justicia”, Estudio realizado para el Consejo General del Poder Judicial en el año 2003.

CANO PAÑOS, M.A., “50 años del Proyecto Alternativo del Código penal alemán (1966-2016)”, Cuadernos de Política Criminal. Segunda época, núm. 119, 2016, pp. 73-120.

CAPDEVILA CAPDEVILA, M. / FERRER PUIG, M. (Dir.) BLANCH SERENTILL, M. (Coord.), “La Reincidencia en el Programa de Mediación y Reparación de Menores”, Área de Investigación y Formación Social y Criminológica del CEJFE (en línea: http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/200250/reincidencia_program_mediacion_cast.pdf?sequence=1).

CARDENAL MONTRAVETA, S., “Función de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto?”, *InDret*, núm. 4, 2015, pp. 1-33.

- “Delitos contra la seguridad vial”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Derecho penal, Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 543-577.
- *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuenta*, Marcial Pons, 2020.

CARIO, R., “France”, en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. núm. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 267-292.

CARRASCOSA MIGUEL, A., “La Mediación Intrajudicial en el Consejo General del Poder Judicial”, en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords.), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 247-260.

CARUSO FONTAN, V., “La tendencia al delito como requisito material para la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables”, *Foro nueva época*, vol, 17, núm.1, 2014, pp. 139-183.

CASANOVA, P. / MAGRE, J. / LAUROBA, E. (Dir.), *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.

CASTILLEJOS MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal (Investigación y juicio de acusación)”, EPC, vol. XXIX, 2009, pp. 207-269.

- “El Estatuto de la Víctima y las víctimas de violencia de género”, LL, núm. 8884, 2016.

CAYLEY, D., *The Expanding Prison: The Crisis in Crime and punishment and the Search for Alternatives*, House of Anansi Press, Cleveland, 1998.

CERCLES.CAT (en línea: <https://innogent.blog.gencat.cat/2016/04/28/cercles-cat-la-solvencia-dun-programa-de-reinsercio-social-acompanyat-per-voluntariat/>).

CEREZO DOMÍNGUEZ, A I., *El protagonismo de la víctima en la elaboración de las Leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

CERVELLÓ DONDERIS, V., “La mediación penal: un instrumento para la humanización del Derecho penal”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A. / COBAS COBIELLA, M.E. / BARONA VILAR, S. (Coords.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, pp. 283-302.

CGPJ, “Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial”, editada por el CGPJ (en línea: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>).

CHANKOVA, D., Investigación realizada dentro del grupo de trabajo “Policy oriented Research” del Programa de Investigación de la Unión Europea sobre Justicia Restaurativa, COST A-21, trabajo presentado en Liubliana (Eslovenia), febrero, 2005.

CHAVES PEDRÓN, C., “Mediación penitenciaria: una necesidad en la realidad de la prisión”, en ARANDA JURADO, M. (Dir.), *La mediación en el sistema jurídico español. Análisis y nuevas propuestas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 75-97.

CHRISTIE, N., “Conflicts as property”, *The British Journal of Criminology*, vol. núm.17 (1), 1977, pp- 1-15.

- *Los límites del dolor* (trad. CASO, M.L.), Fondo de cultura económica, México, 1984.

CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E., *Penas alternativas a la prisión*, Librería Bosch, Barcelona, 1997.

- *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2001.
- *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CIRE (Centro de Iniciativas para la Reinserción) (en línea: www.gencat.cat; <http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia>).

CONGOSTRINA, A L., “Pedro Jiménez, un psicópata de manual”, publicado en *El País*, 2 de agosto de 2015.

CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- “Legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.

CÓRDOBA RODA, J., “El pago de la responsabilidad civil como requisito para la libertad condicional y para el tercer grado de tratamiento penitenciario, según la Ley Orgánica 7/2003”, *RJC*, vol. 104, núm.1, Barcelona, 2005, pp. 41-52.

COST, “*Draft Memorandum of Understanding for the implementation of a European Concerted Research Action designated as COST Action A21*”, *Restorative Justice Developments in Europe*, Bruselas, 2002.

CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Conciliación y reparación del daño”, *RECPC*, núm. 7, 2005, pp. 1- 34.

CUADRADO SALINAS, C., “La Mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?”, *RECPC*, núm. 17, 2015, pp. 1-25.

CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Bosch, Barcelona, 1958.

CHAPMAN, T., “La Justicia Restaurativa en Europa”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dir.), *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 31-38.

DALY, K., “*What is Restorative Justice? Fresh answers to a vexed question*”, *Victim and Offenders*, vol. núm. 11, 2016 (en línea: <https://doi.org/10.1080/15564886.2015.1107797>), pp. 9-29.

DAPENA MÉNDEZ, J. / MARTIN BARBERÁN, J., “*Avaluació de l'Aplicació de l'Experiència pilot de Mediació i Reparació en la jurisdicció penal*”, *Direcció General de Mesures Penals Alternatives i de Justícia Juvenil*, Departament de Justícia, Generalitat de

Catalunya, 2006 (en línea: <http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2006/experienciaPilotMediacio.pdf>).

DAPENA MÉNDEZ, J. / GIMENO VIDAL, R. / HERNANDEZ A. / NOGUERAS MARTÍN, A. / SANCHEZ, L. / SOLER, R., “El programa de reparación a la víctima. Jornadas sobre mediación y reparación”, Seminario europeo, Barcelona 1995.

DE LA CUESTA, J.L. / SUBIJANA, I.J. (Dir.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE LEO, G., *La justicia de menores, la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

DE VOS, B., Entrevista publicada en Revista del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, 28 de febrero de 2012 (en línea: <http://www.oijj.org/es/interviews/sr-bernard-de-vos-delegado-general-de-la-comunidad-francesa-para-los-derechos-del-nino-be>).

DECLERCK, J., *Images of Restorative Justice Theory*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt am Main, 2007.

DECLERCK, J., “*Delinquentie en haar context bekeken vanuit een cyclisch model van “integrative-desintegrative”*”, tesis doctoral presentada en la Univesidad Católica de Lovaina, 25 de marzo de 2005.

DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DERGELOVA, D., “CRP Workshop, Prague 15-16 may, 2003”, *Newsletter of European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. núm. 4 (2), junio 2003, p.7.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La responsabilidad penal del menor en el Derecho español”, RPM Doctrina, núm. 9, México, 2016, pp. 19-36.

- “Derecho penal del menor”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 289-310.
- *Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

DÍEZ, F. / TAPIA, G., *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidòs, Buenos Aires, 2015.

DOMINGO DE LA FUENTE, V., “La Alternativa a la crisis del Derecho penal”, RDPLN, núm. 23, 2008, pp. 1-41.

- “Contexto teórico-práctico de la Justicia Restaurativa en Europa, con especial atención a España. Ámbito legal Europeo e Internacional”. Ponencia impartida en el Congreso Internacional “Ciencia penal y Justicia Penal Restaurativa”, Guayaquil (Ecuador), noviembre de 2011 (en línea: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ContextoTeoricopracticoDeLaJusticiaRestaurativaEnE-4063084.pdf>).
- *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, Criminología y Justicia, Burgos, 2013.

DONINI, M., “Escenarios del derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), GOMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 41-58.

DORADO MONTERO, P., *La psicología criminal en nuestro Derecho Legislado*, 2ª ed., Hijos de Reus, Madrid, 1910.

- “El Derecho protector de los criminales”, RGLJ, vol. núm. 60 (121), Madrid, 1913.

DUBOIS, P., “*Torture and truth*”, Routledge, New York-London, 1991.

DÜNKEL, F., “*Restorative Justice in Penal Matters in Europe*”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (Dirs.), SOLETO MUÑOZ, H. / VARONA MARTÍNEZ, G. / PORRES GARCÍA, I. (Eds.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 125-187.

DÜNKEL, F. / PAROSANU, A., en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 1-16.

DÜNKEL, F., “La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho Comparado”, en BERISTAIN IPIÑA A. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dirs.), *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 1990, pp. 113-147.

ESER, A., “La Víctima en proceso penal. Tendencias Internacionales, desde el punto de vista alemán”, en *Symposium Internacional sobre la Transformación de la Justicia Penal en la Republica Argentina*. [S.l.]: Tall. Gráf. De la Dir. Nac. Del Registro Oficial. Bd. 1 (1989), Argentina, pp. 173-200.

FAGET, J., “*La Médiation Pénale, une dialectique de l’ordre et du désordre*”, *Deviance et Société Journal*, vol. 17, núm. 3, París, 1993, pp. 221- 233.

FARALDO CABANA, P., “Hay espacio para la mediación tras la condena? La discusión en España”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 963-973.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La estabilización normativa como fin de la pena: ¿Puro teatro?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 309-321.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

FELLEGI, B., “Introducción de la Mediación víctima ofensor en Europa central y del Este”, *Newsletter of European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. 5 (3), diciembre, 2004, pp. 1-4.

FERNÁNDEZ-CABALLERO, M. / DEL HIERRO, E. / ARCHILLA JUBERÍAS, M., “Mediación penitenciaria. Una nueva propuesta para mediar en una cárcel de mujeres”, *RM*, Año 5, núm. 10, 2012, pp. 39-43.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trads. ANDRÉS IBAÑEZ, P. / RUIZ MIGUEL, A. / BAYÓN MOHINO, J.C. / TERRADILLOS BASOCO, J. / CANTARERO BANDRÉS, R.), 9ª ed., Trotta, Madrid, 2009.

FERRI, E., *Sociología Criminal* (trad. SOTO HERNÁNDEZ, A.), Analecta, Madrid, 1907.

FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (trads. ZAFFARONI, E.R. / HAGEMEIER, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 1980.

FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar* (trad. GARZÓN DEL CAMINO, A.), Siglo XXI, Madrid, 1992.

FRANCES LECUMBERRI, P., “La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la Víctima de delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?”, RECC, núm. 3, 2018, pp. 1-39.

FROESTAD, J. / SHEARING, C., “Beyond restorative justice- Zwelethemba a future-focused model using local capacity conflict resolution”, en MACKAY, R. / BOSNJAK, M. / DEKLERCK, J. / PELIKAN, C. / VAN STOKKOM, B. / Wright M. (Eds.), *Images of Restorative Justice Theory*, COST, Frankfurt am Main 2007, pp. 15-34.

FUNES ARTIAGA, J., *Mediación y Justicia Juvenil*, Dykinson, 1994.

FUNES ARTIAGA J. / MARTÍN BARBERÁN, J., “La mediación en la justicia juvenil. Experiencias de conciliación, reparación y trabajo en beneficio de la comunidad en Cataluña”. Documentos de trabajo. CEJFE, Barcelona, 1992.

GALAIN PALEMO, P., *La Reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

GALLEGO, J., “EEUU el drama de ser condenado a morir en la cárcel cuando solo tienes 12 años”, publicado en *Revista El Español*, 20 de agosto, 2016 (en línea: http://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160819/148985474_0.html).

GARCÍA ALBERO, R., “La suspensión de la ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp.143-171.

GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982.

- “El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, RJC, vol. núm. 104 (2), Barcelona, 2005, pp. 365-398.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGNON, J., “Experiencias de Mediación penal de adultos en España”, RCVS, vol. núm. 4 (3), *Settembre-Dicembre* 2010, pp. 143-161.

GARCÍA VALDES, C., *Estudios de Derecho Penal Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982.

- *Teoría de la pena*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1987.

GARLAND, D., *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (trad. SOZZO, M.), Gedisa, Barcelona, 2005.

GAROFALO, R., “La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión”, RDS, vol. núm. 1 (3), 1895, pp. 384-388.

GARRIDO GUZMAN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

GIL GIL, A., “Las teorías de la pena orientadas a la víctima”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. / QUERALT JIMÉNEZ, J.J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., (Coords.) *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 323-331.

GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E. / RODRÍGUEZ, A.C., “El concepto restaurativo como principio en la resolución de conflictos”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (Dir.), SOLETO MUÑOZ, H. / VARONA MARTÍNEZ, G. / PORRES GARCÍA, I. (Eds.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 61-73.

GIMÉNEZ-SALINAS, E., “La mediació i la reparació. Aproximació a un model”, en RÖSSNER, D. / GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER / EQUIP DE MEDIACIÓ DEL DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediación penal*, JiS, núm.19, CEJFE, Generalitat de Catalunya, 1999, pp. 15-30.

GIMENO VIDAL, R. / NOGUERAS MARTÍN A., “De la Mediación y reparación a la víctima a la prevención” RES, núm. 15, julio, 2012, pp. 1-15.

GIMENO VIDAL, R., “Cuestiones deontológicas de la mediación en el ámbito penal”, en Iª *Jornadas catalanas de resolución alternativa de conflictos*. A.C.D.M.A y Departamento de Justicia, Barcelona, abril, 1996.

GIMENO VIDAL, R. / REINA PERAL, F., “La mediació: una alternativa per a la gestió de conflictes”, en II Jornades per a professionals de la intervenció socioeducativa, Barcelona, junio de 1996.

GOMBOTS, R. / PELIKAN, C., “Austria” en DÜNKEL, F. / GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, vol. núm. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 13-44.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”, en MIR PUIG, S./ CORCOY, M. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 59-90.

- *¿Tiene cabida el derecho penal de autor en un Estado liberal?*, IEIJ, Nicaragua, 2007.
- “¡Que viene el lobby!: “Recensión a Ana Isabel Cerezo Domínguez, El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales”, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, en IEIJ, núm. 104, 2011, Nicaragua, pp. 181-206.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X., “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, RJR, núm. 2, marzo, 2012, pp. 5-36.

GORDILLO SANTANA, L., “La mediación en el ámbito penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia”. Tesis doctoral dirigida por Ana Isabel Pérez Cepeda, Logroño, Universidad de La Rioja, 2004.

- *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M.A. / ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GRANDA, E., “La situación de la población reclusa en España”, publicado en *El País* de 25 de enero de 2010, (en línea: <https://elpais.com/hemeroteca/2010-01-25/>).

GUARDIOLA, M.J. / TAMARIT, J.M., *La Justicia restaurativa y los paradigmas alternativos de justicia*, Materiales UOC, Barcelona, 2013.

GUARDIOLA LAGO, M.J. / ALBERTÍ CORTÉS, M. / CASADO CORONAS, C. / SUSANNE, G., “Es el Conferencing una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia?”, *Ayudas a la Investigación*, 2011, *Àmbit Social y criminològic*, CEJFE, 2012. pp. 1-236.

GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de Justicia y la prohibición de la mediación penal”, *RGDP*, núm. 12, 2009, pp. 1-41.

GUILARTE GUTIÉRREZ, P., “El facilitador en la Justicia Restaurativa: sobre el rol del mediador penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dirs.), *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 255-272.

GUIMERÀ GALIANA, A., “La Mediación-Reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Catalunya”, *REIC*, vol. 3, 2005, pp. 1-22.

GUZMÁN DALBORA, J.L., “Código Penal Francés de 1.791. Traducción y nota introductoria”, RDPC, núm. 1, 2009, pp. 1-37.

HARTMANN, A., “Legal provisions of Restorative Justice in Germany”, en GYOKOS, M./ LANYI, K. (Eds.) *European best practices of Restorative Justice in Criminal Procedure*, Budapest, Ministry of Justice and Law enforcement, Republic of Hungary, 2010, pp. 125-129.

HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal* (trads. MUÑOZ CONDE, F. / ARROYO ZAPATERO, L.), Bosch, Barcelona, 1984.

- “Viejo y nuevo Derecho penal”, en HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *Crítica al Derecho penal de hoy*, (trad. ZIFFER, PS.), Univ. Externado Colombia, Bogotá, 1999.

HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

- *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho* (trad. MENDOZA de MONTERO, A.), 5ª ed., Claridad Buenos Aires, 1968.

- *Fenomenología del espíritu* (trads. LEIVA, G. / ROCES, W.), Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

HERRERO HERRERO, C., *Política criminal integradora*, Dykinson, Madrid, 2007.

HIRSCH, H.J., “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, ADPCP, tomo 46, Fasc/mes 3, 1993, pp.1099-1124.

HOBBS, T., *Leviatán* (trad. GARCÍA ROCA, J.), Alianza Editorial, Valencia, 1990.

HORTAL IBARRA, J.C., “La mutación del Derecho penal vial: la criminalización de los excesos de velocidad como paradigma”, LLP, núm. 100, 2013, pp. 41-61.

- “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o como “resolver” la cuadratura del círculo”, InDret, núm.4, 2014, pp. 1-29.
- “Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político criminal”, en PUENTE ALBA, L.M. (Ed.) *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*”, *Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 149-224.

HYDLE, I. / KEMÉNY, S., “*From local trial projects to state owned services. Empirical research on restorative justice in Norway*”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 207-218.

IMBROGNO, A.R. & IMBROGNO, S., *Mediation in Court Cases of Domestic Violence. Families in Society: The Journal of Contemporary Social Services*, 81 (4) 2000, pp. 392-401.

JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación* (trads. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZALEZ DE MURILLO), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, H., “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980.

- *Tratado de Derecho penal, Parte General* (trad. OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª ed., Comares, Granada, 2003.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, RECPC, núm. 17, 2015, pp. 1-36.

JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W., “*The meaning of restorative justice*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, DW, *Handbook of Restorative Justice*, Willan, 2006, pp. 1-19.

JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, Willan, Portland, 2002.

KANT, I., *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (trad. MARTÍN RODRIGUEZ, C.), Aguilar, Buenos Aires, 1973.

- *La metafísica de las costumbres* (trad. CORTINA ORTS, A. / CONILL SANCHO, J.), 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- *Introducción a la teoría del Derecho* (trad. GONZÁLEZ VICEN, F.), Marcial Pons, Madrid, 2005.

KRAUSE, K., *Fundamento del derecho natural, o ensayo filosófico sobre el ideal de Derecho*, Jena, 1803.

LARRAURI PIJOAN, E., “La Reparación”, en LARRAURI PIJOAN, E. / CID MOLINÉ, J. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, 169-196.

- *La herencia de la criminología crítica, Siglo XXI*, Madrid, 2000.

- “Populismo punitivo... y como resisitirlo”, JpD, núm. 55, marzo, 2006, pp. 15-22.
- *Introducción a la criminología y al sistema penal*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2018.

LASCANO, C.J., “La insostenible ‘modernización del derecho penal basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países emergentes” (en línea: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>).

LASCURAÍN, J.A., “Pena indigna y arbitraria”, publicado en *El Mundo*, 1 abril de 2015 (en línea: <https://www.elmundo.es/opinion/2015/04/01/551c391122601d4f6f8b4577.html>).

LAUROBA, E. / CASANOVAS, P. / MAGRE, J. (Dirs.), *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.

LEMONNE, A. / HYDLE, I. (Coord.) / VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I., WILLEMSSENS, J., *The evaluation of restorative justice: lessons to be learned from a data collection in Europe*, La Haya, 2010.

LEMONNE, A., “Editorial”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Leuven, vol. 5, issue 1, Abril 2004, p. 1

LENZ, S. / WEITEKAMP, E. / KERNER, H.J., “*Depicting the development of victim-offender mediation. Empirical research on restorative justice in Germany*”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, Eleven, La Haya, 2010, pp. 121-148.

LIVARI, I., Informe sobre la mediación en Finlandia, 2003 (en línea: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fi-es.do?member=1).

LOINAZ, I., *Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación*, Pirámide, Madrid, 2017.

LOMBROSO, C., *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*, Milán, 1876.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La tercera vía”, en RÖSNER, D. / GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER / EQUIP DE MEDIACIÓ DEL DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediación Penal*, JiS, núm. 19, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999, pp. 107-120.

LOPEZ PÉREZ, R., “El 93 % de la comunicación es No Verbal...¿Mito o realidad?”, Fundación Universitaria Behaviour and Law (en línea: <https://www.comportamienotonoverbal.com/clublenguajenoverbal/el-93-de-la-comunicacion-es-no-verbal-mito-o-realidad-club-lenguaje-no-verbal/>).

LOZANO ESPINA, F., “Emociones, justicia restaurativa y delitos de terrorismo: introducción a la experiencia emocional del encuentro restaurativo”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los Ojos del otro, encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2013, pp. 57-85.

LUNDGAARD, JM., “Norway”, en DÜNKEL, F./ GRZYWA-HOLTEN, J. / HORSFIELD, P. (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. vol. núm. 1, Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach, 2015, pp. 619-636.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2018.

MACCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación Círculos y Conferencias”, D y S, núm. 35, 2013, pp. 9-44.

MAGRO SERVET, V., “La Experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante”, en GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. / SANZ HEMIDA, P. / ORTÍZ PRADILLO, J.C. (Coords.), *Mediación un método de? Conflictos*, Colex, Madrid, 2010.

MANOZZI, G., “L’oggetto de la mediazione: Conflitto, ¿fatto o reato?”, *Dignitas Percorsi di carcere e di giustizia*, núm. 7, 2005, pp. 61-68.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

MAQUIAVELO, N., *El príncipe* (trad. LÓPEZ SUAREZ, M.), Madrid, 1994.

MARIEN, K., “Restorative Justice in Belgian Prisons”, en *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal procedure, Conference publication, based on the conference named*”, en *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, Bélgica, 2010

(en línea: <https://mereps.foresee.hu/en/segedoldalak/news/270/5a63f29028/214/>).

MARQUEZ PIÑERO, R., *El tipo penal, algunas consideraciones entorno al mismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.

MARSHALL, T., “Restorative Justice: An Overview”

(en línea: <https://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf>).

MARTÍN I., “Mediación comparada, breve acercamiento a la experiencia nórdica” (en línea: <http://www.todomediacion.com/assets/docs/papers/ignacio05.pdf>).

MARTÍN BARBERÁN J. / CANO LÓPEZ, F. (Coord.) / DAPENA MÉNDEZ, J., “Capítulo X: Justicia Reparadora: Mediación penal para adultos y juvenil”, en CASANOVA, P. / MAGRE, J. / LAUROBA, E. (Dirs.), *El Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, pp. 651-718.

MARTÍN BARBERÁN, J. / DAPENA MÉNDEZ, J. / CANO, F., “La transformación del campo del control de la criminalidad y la Justicia penal”, en CASANOVAS, P. / DIAZ/MAGRE, J. / POBLET, M. (Eds.), *Materials de Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, CEJFE, Barcelona, 2009, pp. 93-105.

MARTÍN BARBERAN, J., “Mediación víctima ofensor con jóvenes en Cataluña (España)”, Trabajo de investigación realizado para *Grotius II Criminal Programme 2002-03* de la Comisión Europea. *Victim ofender mediation: Organization and practice in the Juvenile Justice Systems*.

- “El programa de mediación en Cataluña. Estudio evaluativo de la aplicación del programa durante el año 1992”, Dirección General de Justicia Juvenil, CEJFE, Barcelona, 1993.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Reflexiones sobre la expansión del Derecho Penal en Europa, con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales”, en MIR PUIG, S. / CORCOY, M. (Dirs.), GÓMEZ MARTIN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 91-106.

MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en RODRIGUEZ YAGÜE, C. (Coord.) / LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. / PÉREZ MANZANO, M. / ALCACER GUIRAO, R. / ARROYO ZAPATERO, L.A. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17-80.

MARX, K., *El Capital* (trad. al catalán de MONERS i SINYOL, J.), Edicions 62, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1984.

MASFERRER, A. / OBARRIO, J.A., *Textos de Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.

MEDINA SCHULZ, G., “Sistemas penales comparados, Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006) Alemania”, RP, núm. 18, 2006, pp. 249-252.

MEINECKE, F., *La idea de la Razón del Estado en la Edad Moderna* (trad. GONZÁLEZ VICEN, F.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

MELOSSI, D. / PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (s. XVI-XIX)*, s. XXI Editores, (reimpresión), Madrid, 2010.

MENDEIETA COLMENERO, J. / LARRAURI PIJOAN, E., “El Efecto de las condenas largas en prisión en Cataluña: Prisionización y Riscanvi,” Repositorio digital de la UPF, Barcelona, 2013.

MERTON, R.K., *Teoría y estructura sociales* (trad. Torner, F.M.), Fondo de cultura económica, México, 1970.

- “Estructura social y anomia”, en FROMM, E. (Coord.), *La familia*, 6ª ed., Península 1986, pp. 67-106.

MESTITZ, A. / GHETTI, S., *Victim Offender Mediation wiht Youth Offenders in Europe. An Overwieu and Comparison of 15 Countries*, Springer, Nueva York, 2005.

MIERS, D. / WILLEMSSENS, J., *Mapping Restorative Justice: developments in 25 european countries*, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Lovaina, 2004.

MIERS, D., *An International Review of Restorative Justice*, Home Office, London, 2001.

MIR PUIG, C., “La pena de prisión permanente revisable en el derecho penal español tras la reforma del Código Penal de 2015”, en GÓMEZ JARA-DIÉZ, C. (Coord.) / MAZA MANUEL, J.M., *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018, pp. 577-617.

MIR PUIG, S., “Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *La Reforma del Derecho Penal. Trabajos del Seminario hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 561-580.

- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª. ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- “Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1.990”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *Política Criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria de Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 843-854.
- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MIR PUIG, S. / CORCOY, M. (Dirs.), GÓMEZ MARTIN, V. (Coord.), *Política Criminal y Reforma Penal*, Edisofer, Madrid, 2007.

MONTERO HERNANZ, T., “Pasado presente y futuro del Sistema penitenciario. La mediación penitenciaria”, Valladolid, 2012 (en línea: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2746>).

MORENO ÁLVAREZ, R., “El modelo Vasco de Mediación Intrajudicial y Justicia Restaurativa”, en ARGUDO PÉRIZ, J.L. (Dir.) / JÚLVEZ LEÓN, M.A. / GONZÁLEZ CAMPO, F. DE A. (Coords.), *Mediación y Tutela Judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI*, Reus, Madrid, 2019, pp. 121-131.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. / PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. / AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2ª ed., Dykinson, SL, Madrid, 2014.

MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en MIR PUIG, S., *La Reforma del Derecho Penal. Trabajos del Seminario hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 73-84.

- “La parte General del Código Penal japonés”, RP, núm. 5, 2000, pp. 99-108.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MURRIÀ SANGENÍS, M. / GONZÁLEZ MURCIANO, C., “Usos de la EVAMB en el diseño de políticas de seguridad y la toma de decisiones”, en MURRIÀ SANGENÍS, M. / SOBRINO GARCÉS, C. / GONZÁLEZ MURCIANO, C. (Eds.), *30 años de la Encuesta de Victimización del Área Metropolitana de Barcelona. Vigencia y uso de las encuestas de seguridad en las metrópolis*, Institut d’Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona (IERMB), Bellaterra, 2020, pp. 67-78.

NACIONES UNIDAS, “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”, *Handbook on Restorative Justice, Programmes, Office on Drugs and Crime*, United Nations, New York, 2006.

- “Informe del Secretario General sobre Justicia Restaurativa, punto 9”, en *Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal*, 7 de enero de 2002.
- “Directrices de la Naciones Unidas para una mediación eficaz”, Nueva York, 2012.

NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Depalma, Buenos Aires, 1971.

- *Mediación y conciliación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

NIELSEN O.M., “*Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues*”, *The Journal of Legal pluralism and Unofficial Law*, vol. 31 (44), 2013, pp. 105-126.

NOGUERAS MARTÍN, A. / GIMENO VIDAL, R. (Coords.) *Més enllà de la Mediació. Els escenaris del diàleg*, CEJFE, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013.

NOGUERAS MARTÍN, A., “La Mediación Penal Juvenil en Cataluña”, en HERNÁNDEZ GALILEA, J.M. (et al.), *El sistema español de Justicia Juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002, 397-418.

- “La Mediación en el ámbito Penal Juvenil”, RES, núm. 2, 2004.

OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Encuentros Restaurativos en victimización generada por delitos de terrorismo: bases teóricas”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, 2013, pp. 33-84.

OLARTE HURTADO, A., *Alternativas a la cárcel en Eukadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Arateko, Vitoria Gasteiz, 2006.

ORTUÑO MUÑOZ, P., *Justicia sin jueces*, Ariel, Barcelona, 2018.

PARKINSON, L., *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “La preparación del encuentro entre las personas que han sufrido la violencia de ETA y quienes la causaron”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.),

Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA, 2ª ed., Sal Terrae, 2013, pp. 56-115.

PATIÑO MARIACA, D.M. / RUIZ GUTIÉRREZ, A.M., “La justicia restaurativa: un modelo comunitario de resolución de conflictos”, RFDYCCPP, UPB, vol. 45, núm. 122, Medellín, 2015, pp. 213-255.

PELIKAN, C., “Out of Court but close to Justice, empirical research on restorative justice in Austria”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 39-54.

PEREDA BELTRAN, N. / TAMARIT SUMALLA, J.M. *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, Barcelona, 2013.

PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.

PÉREZ VAQUERO, C., “La Justicia tribal de los indios Navajos”, en el blog Anécdotas y Curiosidades Jurídicas / Iustopía (en línea: <http://archivodeinalbis.blogspot.com.es/2014/06/la-justicia-tribal-de-los-indios-navajo.html>)

PERIAGO MORANT, J., “Las Alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la Justicia Restaurativa y al principio de flexibilidad”, RECPC, núm. 22, 2020, pp. 1-46.

PETERS, T. / AERTSEN, I., *Justicia reparadora. En búsqueda de nuevos caminos en el trato del delito*, Universidad Católica de Lovaina, Lovaina, 1994.

PETRUCCI, C., “Apology in the Criminal Justice setting: evidence for including apology as an additional component in the legal system”, *Behavioral Sciences and the Law*, num. 20 (4), 2002, pp. 337-362.

PINA MASSACHS, J. / NAVARRO MASSIP, J., *Alternativas a la prisión, el arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad*, CIMS 97, Barcelona, 2000.

QUERALT JIMENEZ, J.J., *Derecho penal español, Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., “La justicia restaurativa en el marco del Código Penal español” en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018, pp. 391- 411.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho penal*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G. / CAVANILLAS MÚJICA, S. / DE LLERA SUAREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, JM., *Manual de Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

REDONDO ILLESCAS, S. / GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios de Criminología*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REDORTA LORENTE, J., *Conflict management. Ciencia aplicada a la gestión del conflicto*. Almuzara, Córdoba, 2016.

RENDON, J., “Mediación entre víctima y ofensor”, Mediate.com. *everything mediation* (en línea: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm).

RIOJA ANDUEZA, I., “¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación?”, publicado en *El Mundo*, el 5 de marzo de 2016 (en línea: <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/03/05/56daaed7268e3e754f8b45cb.html>).

RÍOS MARTÍN, J. C., “El encuentro personal entre quienes asesinaron perteneciendo a ETA y quienes sufrieron el horror injustificado. Descripción, análisis y reflexiones”, en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coord.), *Los Ojos del otro, encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2013, pp. 185-234.

- “Justicia Restaurativa y Mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”. ICADE, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 98, 2016, pp. 103-126.
- *Biografía de la reconciliación. Palabras y silencios para sanar la memoria*, Comares, Granada, 2019.

RÍOS MARTÍN, J.C. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E./ ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. / SEGOVIA BERNABÉ, J.L./ LOZANO ESPINA, F., *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Universidad Pontificia, ICAI / ICADE Comillas, Madrid, 2016.

RIVERA BEIRAS, I., *La Cárcel en el Sistema Penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1996.

ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

ROCHE, D., “*Retributive and restorative justice*”, en JOHNSTON, G. / VAN NESS, D.W., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Devon, 2007, pp. 75-90.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español”, RPM, núm. 7, septiembre 2014-febrero 2015, pp. 177-194.

RODRÍGUEZ MENÉS, J. / LARRAURI PIJOAN, E. / GUERRI FERRÁNDEZ, C., “Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y un trato digno”, RIS, vol 76, núm. 2, 2018, pp. 1-20.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología*, 3ª ed., Porrúa, México, 2005.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.

ROEDER, K., “*Comentatio an poena malum esse debeat*”, Giessen, 1839.

ROSALES ÁLAMO, M. / GARCÍA VILLALUENGA, L. (Coords), *Las competencias para la formación de la persona mediadora*, CUEMYC, Santiago de Compostela, 2020.

ROSCOE POUND, N., “*The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*”, en *Annual Convention of the American Bar Association*, St. Paul, Minnesota, agosto 29, 30 y 31, 1906.

RÖSSNER, D. / GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. / Equip de mediació del Departament de Justícia / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / BERISTAIN IPIÑA, A., *La Mediación Penal*, JiS, núm. 19, CEJFE, Barcelona, 1999.

ROUSSEAU, J.J., *El contrato social* (trad. DE LOS RIOS, F.), Espasa, Madrid, 1993.

ROXIN, C., “El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *Trabajos del Seminario hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 83-104.

- “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones” (trad. MANZANARES), en *Jornadas sobre la Reforma del derecho penal en Alemania*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1991.
- *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito* (trads. LUZÓN PEÑA, D.M. / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, Madrid, 1997.
- *Dogmática penal y Política criminal* (trad. ABANTO, M.A.), Flores, Arequipa, 1998.
- “Pena y reparación”, ADPCP, tomo 52, Fasc / Mes 1-3, 1999, pp. 5-16.
- *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (trads. GOMEZ RIVERO, C. / GARCÍA CANTIZANO, M.C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- “Pena y reparación” (trad. GIMBERNAT ORDEIG), conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000, Sección Doctrinal, tomo LII, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, pp. 5-15.
- *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal* (trad. GUERRERO PERALTA, O.), Rubinzal-Culzoni Editores, Sanfa Fe (Argentina), 2007.
- *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

ROXIN, C. / ORTIZ NORIEGA, J. / LARIOS SANCHEZ, C. / PEG ROS, J.C. / MONREAL DÍAZ, A. / EIRANOVA ENCINAS, E. (Coord.), *Código Penal Alemán StGB y Código Procesal Alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

RUBIO LARA, P.A. (Coord.) / OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E. / SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. / TORRES SÁNCHEZ, C. / HERNÁNDEZ DEL RINCÓN, JP. / CATALÁN FRÍAS, M.J. / LUNA MALDONADO, A. / ALIAGA CASANOVAS, AC. / DÍAZ JIMENEZ, J.J., *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MAKSUDOV, R., “*Russian delegation finds out about RJ in Belgium prisons*”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Leuven, vol 4, issue 2, 2003, pp. 3-4.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C., “*La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal*”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ M. P. (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciara: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011, pp. 211-272.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “*La Mediación reparadora en el proceso penal, reflexión a partir de una experiencia*”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, J.P. (Coords.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos*, CGPJ, Madrid, 2007.

- “*Notas sobre Justicia Restaurativa y delitos graves, dialogando a partir de “reflexiones” y su viabilidad*”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / SÁNCHEZ ÁLVAREZ M. P. (Coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciara: un renovado impulso*, Reus, 2011, Madrid, pp. 173-210.

SÁEZ VALCÁRCEL, R. (Dir.) / SÁEZ RODRÍGUEZ, C. / RÍOS MARTÍN, J.C. / OLAVARRIA IGLESIA, T. / FÁBREGA RUÍZ, C. / GALLEGO ALONSO, C. / PANTOJA GARCÍA, F., “*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”. Grupo de investigación, noviembre de 2010, CGPJ.

SAMPEDRO HERREROS, P., “La irrupción de la víctima en el Derecho penal”, Biblioteca digital UNED (en línea: www2.uned.es/castorta/Biblioteca_Digital/Biblio/Paloma_Sampedro/La%20irrupcion.pdf).

SANDOVAL HUERTAS, E., *Penología. Parte General*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.

SAN MARTIN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídicocriminológicos (Del presente francés al futuro español)*, Vitoria Gastéiz, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, 1997.

SANTANA VEGA, D.M., “Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)”, REDC, núm. 108, 2016, pp. 51-91.

SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal del menor*, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002.

SANZ MORAN, A.J., “Imputabilidad y medidas”, ponencia presentada en la Universidad de Barcelona, el día 30 de mayo de 2015, en el marco del I Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales: “Retos actuales de la teoría del delito”,

SCHMITZ, J., *Prácticas Restaurativas. Para la prevención y gestión de conflictos en el ámbito educativo*, Progettomondo, La Paz, 2018.

SCHROEDER, P., “Restorative Justice developments in Luxembourg”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. 4 (2), junio, 2003, pp. 1-3.

SEGARRA, J., “La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal”, LT, portal jurídico de Thomson Reuters, 12 diciembre 2011.

SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “Actitudes para facilitar encuentros restaurativos con las personas que pertenecieron a ETA”, en PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2013, pp. 114-146.

- “Actitudes para facilitar encuentros restaurativos con las personas que pertenecieron a ETA”, la revistilla, Universidad Pontificia de Salamanca, pp. 1-30 (en línea: <http://www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/11/Actitudes-y-encuentro-restaurativo-ETA-Josito.pdf>).

SENDÓN, L., “Intervención educativa con menores infractores, no todos son delincuentes”, RES, núm.15, julio, 2012, pp. 1-7.

SERRAMIÀ BALAGUER, L., “La Justicia Restaurativa como modelo de reparación integral de las víctimas de violencia de género”, en CASTRO TOLEDO, F.J. / GÓMEZ BELLVÍS, A.B. / BUIL GIL, D. (Eds.), *La Criminología que viene. Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología*, Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019, Barcelona, pp. 149-158.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.

SHERMAN, L. / STRANG, H., *Restorative Justice the evidence*, Esmée Fairbairn Foundation, The Smith Institute, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2010.

- “Una primera lección de Derecho penal”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 61-84.
- *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- “Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- UPB*, vol 47, núm. 127, Medellín, 2017, pp. 495-510.

SILVA SÁNCHEZ, J.Mª. / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N., “Dirección y estudio introductorio”, en PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 17-32.

SINGER, R L., *Resolución de Conflictos*, Paidós, Barcelona, 1996.

SOLER NOGUERA, I. / IGLESIAS ORTUÑO, I., “Evidencias respecto a la mediación penal en la norma europea”, *RCDI*, núm. 28, 2016, pp. 283-320.

SOLER ROQUE, R. / GIMENO VIDAL, R., “Los programas de mediación y reparación. La experiencia de Cataluña”, *JUSTIFORUM. Papers d'estudis i formació*, núm. 8, diciembre, 1997, pp. 29-48.

SOLETO MUÑOZ, H., “La Justicia Restitutiva, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (Dir.) / SOLETO MUÑOZ, H. / VARONA MARTÍNEZ, G. / PORRES GARCÍA, I. (Eds.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 249-284.

- “Justicia Restaurativa para la mejor reparación a la víctima”, en SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dir.) *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 491-520.

SOLETO MUÑOZ, H. / CARRASCOSA MIGUEL, A. (Dirs.), *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SORIA, M.A. / GUILLAMAT, A. / ARMADANS, I. / SENDRA, J. / LLENAS, M. / CASADO, C. / MARTINEZ, M. / FONS, G., “*Mediació penal adulta i reincidència. El grau de satisfacció dels infractors i de les víctimes*”, CEJFE, 2007.

SOUTO PAZ, J., *Comunidad política y libertad de creencias*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SPITTLER, E., “Contribución a una crítica de la ciencia y política criminal”, en MIR PUIG, S. (Ed.), *La Reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1979, 88-103.

SUÁREZ-MIRA, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2017.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J.I., “La Igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, RECPC, núm. 12, 2010, pp. 1-24.

- “Otro modelo de Justicia: la resolución de conflictos por medios alternativos al Sistema adversarial”, en ORDEÑANA GEZURAGA, I. / URIARTE RICOTE, M. (Coords), *Justicia en tiempos de crisis*, CGPJ, Madrid, 2016, pp. 71-98.

SUEIRO, C.C., *La Naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal*, Fabian J. Di Placido, Buenos Aires, 2006.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “La Reparació a la víctima en el Pret penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals” , JiS, núm. 11, CEJFE, Barcelona, 1993.

- “La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) / GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ALTAVA LAVALL, M.G., *Justicia penal de menores y jóvenes, análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47-78.
- *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- “Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro” CPJML, Universidad de Deusto, núm. 9/2013, Bilbao, 2013, pp. 317-328.

TAMARIT SUMALLA, J.M. / LUQUE REINA, E., “*Can Restorative justice satisfy victims’ needs? Evaluation of the Catalan victim-offender mediation programme*”, *Restorative Justice Journal*, vol. 4 (1), 2016, pp. 68-85.

TAMARIT SUMALLA, J.M. / PEREDA BELTRAN, N., *Victimología*, Material UOC, FUOC, Barcelona, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) / GUARDIOLA, M.J. / ALBERTÍ, M. / CASADO, C. / SUSANNE, G., *La Justicia restaurativa, desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

TARRAGÓ PÉREZ, M. / SORIA VERDE, M.A. / CAMARERO SÁNCHO, L., “Violencia de género, una materia mediable”, *Revista Iuris, actualidad y práctica del Derecho*, núm. 174, 2012, pp. 28-32.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal en la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992.

TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

TRAPERO BARREALES, M., “El nuevo régimen de prestaciones o medidas en la suspensión: artículos 80.3 y 84 del código penal”, RDPC, núm. 16, 2016, pp. 157-224.

- “El presupuesto de la suspensión, art. 80.1 Código Penal: ¿Un cambio en su planteamiento?”, CPC, núm.120, 2016, pp. 84- 136.

TREVES, R., *Introducción a la Sociología del Derecho* (trad. ATIENZA, M.), Taurus, Madrid, 1978.

TSCHUDI, F., “*Dealing with violent conflicts and mass victimisation: a human dignity approach*”, en AERTSEN, I. / ARSOVSKA, J. / HOLGUER, C.R. / VALIÑAS, M. / VANSPAUMEN (Eds.), K., *Restorative Justice after Large-scale Violent Conflicts*, Willan Publishing, Portland, 2008, pp. 46-69.

TYLER, TR. / SHERMAN, L. / STRANG, H. / BARNES, G. / WOODS, D., “*Reintegrative Shaming, Procedural Justice and Recidivism: The Engagement of Offenders. Psychological Mechanismes in the Canberra RISE Drinking-and-Driving Experiment*”, *Law and Society Review*, vol. 41 (3), 2007, pp. 553-585.

UMBREIT, M.S. / VOS, B., / COATES, R., / BROWN, K., *Victim Offender dialogue in violent cases, a multi-site study in United States: Politics, Policies and prospects*, en PUY, E. / PARMENTIER, S. / DISSEL, A. (Eds.), *Cape Town*, 2008, pp. 22-36.

UMBREIT, M.S. / COATES, R.B. / VOS, B., “*Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research*”, *Conflict Resolution, Quarterly*, núm. 22 (1-2), 2004, pp. 279-303.

USCILA R., “*Mediation in the Lithuania probation system*”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, vol. 17, Leuven, 2017.

VALL RIUS, A., “El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa. Estudio comparado con la Legislación española”, LL, núm. 4, 2006, pp. 1412-1425.

- “La Mediación como respuesta útil en casos de archivo de la causa penal”, en GARCÍA TOMÉ, M. / GUZÓN NESTAR, J.L. (Coords.), *Familia, mediación y Justicia Restaurativa*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2014.
- “Las prácticas restaurativas en las relaciones ciudadanas. Multiculturalidad y organizaciones complejas”, en SCHMITZ, J. / VALL RIUS, A. / RUÍZ SÁNCHEZ, G. / CANTÓ OLIVER, P. (Coords.) *Manual de Prácticas Restaurativas*, Escuela Española de Mediación y Resolución de Conflictos, UDIMA y Logos Media, Madrid, 2020, pp. 440-480.

VALL RIUS, A. / GUILLAMAT RUBIO, A., “Mediación y Violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal”, *RM*, núm. 7, 2011, pp. 20-25.

VALL RIUS, A. / VILLANUEVA REY (Coords.) / DAPENA, MÉNDEZ J. / GUILLAMAT RUBIO, A. / MARTÍNEZ CAMPS, M. / SENDRA MONTES, J., “El programa de Mediación en la Jurisdicción Penal Ordinaria: un estudio sobre tres años y medio de experiencia”, *Invesbren Criminología*, núm. 25, 2003, pp. 2-5, CEJFE, Barcelona, 2003.

VAN DOOSELAERE, D. / VANFRAECHEM, I., “*Empirical research on restorative justice in Belgium*”, en VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), *Restorative Justice Realities*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 57-94.

VANFRAECHEM, I. / BOLIVAR, D. / AERTSEN, I., *Victims and restorative justice*, VANFRAECHEM, I. / BOLIVAR, D. / AERTSEN, I. (Eds.), Routledge, Londres, 2015.

VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities. Empirical Research in a European Context*, VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILLEMSSENS, J. (Eds.), Eleven International Publishing, La Haya, 2010.

VAN NESS, D., “*New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice*”, en ROCHE, D. (Ed.), *Restorative Justice, ideals and realities*, primera publicación en 2004, publicación electrónica 30 de noviembre de 2017, Londres.

VARONA MARTÍNEZ, G., “Justicia Restaurativa a través de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)”, San Sebastián, 2009.

- “Mitología y realidad de la Justicia Restaurativa. Aportaciones al desarrollo de la justicia restaurativa en Europa y su repercusión en la CA de Euskadi”, en ECHANO BASALDUA, J.I. (Dir.), Cuadernos penales José María Lidón, núm. 9, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013, pp. 59-76.
- “*Who Sets the Limits in Restorative Justice and Why? Comparative Implications Learnt from Restorative Encounters with Terrorism Victims in the Basque Country*”, Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, Socio-Legal Series, vol. 4, núm. 3, 2014, pp. 550-572.
- “Adecuación de los procesos restaurativos en delitos de carácter sexual”, en DE LA CUESTA, J.L. / SUBIJANA, I.J. (Dir.), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 367-388.
- *Justicia Restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018.

VARONA MARTÍNEZ, G. / HALL, M., “La Victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión”, RDV, núm. 7, 2018, pp. 107-128.

VERA SÁNCHEZ, J.S., “Justicia restaurativa y proceso penal continental”, Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, núm. 33, 2017, pp. 5-34.

VILALTA NICUESA, E., *Resolución Alternativa de Conflictos y Justicia Restaurativa*, Módulo I Material formativo de la Universitat Oberta de Catalunya, UOC, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal”. *Polít. Crim*, núm. 29, 2020, pp. 47-75.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, *RP*, núm. 30, 2012, pp. 177-216.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. / CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. / GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la victimología*, Síntesis, Madrid, 2019.

VIZCARRO MASIÀ, C., “La mediación (legislación y práctica): la experiencia española”, ponencia en *Jornadas sobre mediación y reparación. Seminario europeo*, Barcelona 1995.

VON LISTZ, F., *Tratado del Derecho penal*, T. III (trad. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.), Reus, Madrid, 1916.

- *La idea de fin en el Derecho penal* (Primera reimpresión de la primera edición de EDEVAL, de Valparaiso Chile, 1984), Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

WACHTEL, T., “Definiendo que es restaurativo”, Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, IIRP Graduate school, 2013, pp. 2-4.

- “*Governance and the use of authority: encompassing diverse definition of Restorative*”, Newsletter of the European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice, vol. 17 (3), Leuven, 2016, pp. 7-9.

WALLACE, C., “*Judicial Reform and The Pound Conference of 1976*”, Michigan Law Review, vol. 80 (4), 1982, pp. 592-596.

WALKER, LE., “*Psychology and violence against women*”, *American Psychologist*, 44 (4), 1989, pp. 695-702.

WALTHER, S., “*Reparation in the German criminal Justice system: what is and what remains to be done*”, *International Review of Victimology*, vol. 7 (4) 2000, pp. 265-280.

WOLHIUS, A. / LÜNNEMANN, K. (Coord.), “*Restorative Justice and domestic violence. A Guide for practitioners*”. *Criminal Justice 2013 with the financial support of the European Commission Directorate-General Justice*, enero 2016.

WRIGHT, M., *Restoring Respect for Justice*, 2ª ed., Waterside Press, Hampshire, 2008.

ZAFFARONI, E.R., “Una experiencia notable: el nuevo Derecho penal austriaco”, *Justitia*, núm. 45 (121) 1983, pp. 184-208.

ZEHR, H., “*Retributive Justice, Restorative Justice*”, *New Perspectives on Crime and Justice*”, Akron. MCC, Office of Criminal Justice, Canada Victim Offender Ministries, Canada, 1985.

- *Changing Lenses: A new Focus for Crime and Justice*, Scottsdale Herald Press, 1990.
- *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, (JANTZI, V.E. Coord. equipo de trad.) Good Books, USA, 2007.

ZERNOVA, M., *Restorative Justice, ideals and realities*, Ashgate Publishing Limited, Surrey, 2010.

ZION, J., “*The dynamics of Navajo Peacemaking*”, International Institute for Restorative Practices, febrero, 1998.