

Fundamentación teórica e integración de la mediación en el sistema penal español.

Jesús Adolfo Guillamón Ayala.

SUMARIO

NOTA DEL AUTOR	5
NOTA GRATULATORIA	6
I. JUSTIFICACIÓN	7
II. MARCO TEÓRICO DE LA MEDIACIÓN PENAL	13
A) DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE JUSTICIA	14
B) DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO NATURAL	17
C) EL DERECHO PENAL, ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL	19
1. Definición del Derecho Penal	20
2. Evolución histórica del derecho penal	20
3. Principios limitadores del derecho penal. Especialmente los de intervención mínima y oportunidad	24
D) LA JUSTICIA RESTAURATIVA	25
1. Nacimiento de la Justicia Restaurativa	25
2. Definición de Justicia Restaurativa	26
3. Características y valores de la justicia restaurativa	27
4. Justicia retributiva vs justicia restaurativa	28
E) TEORÍA DEL CONFLICTO Y SU RESOLUCIÓN	29
1. Antecedentes	29
2. Definición de conflicto	29
3. Visión tradicional del conflicto	30
4. Una nueva visión: la teoría del conflicto	30
5. Estudiando los conflictos	31
III. MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN PENAL	36
A) INTRODUCCIÓN	37
B) LEGISLACIÓN NO VINCULANTE	37
1. Organización de las Naciones Unidas	37
2. Consejo de Europa	38

C) LEGISLACIÓN VINCULANTE	39
1. Legislación de la Unión Europea	39
2. Legislación española	40
IV. UNA EXPERIENCIA LEGISLATIVA Y PRÁCTICA EN BÉLGICA, FRANCIA, LUXEMBURGO Y ALEMANIA	46
A) INTRODUCCIÓN	47
B) FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y JURÍDICA	47
C) ESTUDIO COMPARADO DE LAS NORMAS Y LA PRÁCTICA	49
1. Definición de la mediación penal	49
2. El consentimiento de las partes	50
3. La confidencialidad	51
4. El momento de derivación a la mediación	51
5. Criterios legales de derivación	51
6. Independencia de las instancias de mediación	52
7. Garantías fundamentales	52
8. Plazo de realización de la mediación	53
9. Consecuencias procesales de la mediación	54
10. El reconocimiento de los hechos	54
11. El informe de mediación	54
12. Cualificación y formación de los mediadores	55
13. La designación de lo mediadores	55
14. Financiación de las mediaciones	55
V. CONCLUSIONES FINALES	57
A) LA MEDIACIÓN COMO MODO DE REALIZAR LA JUSTICIA	58
B) LA MEDIACIÓN PENAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO NATURAL	59
C) LA MEDIACIÓN PENAL COMO HERRAMIENTA DEL DERECHO PENAL	60
D) LA MEDIACIÓN COMO EXPRESIÓN Y MEDIO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	62
E) LA MEDIACIÓN PENAL: UN MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES	63
F) NECESIDAD DE LEGISLAR LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA	65
G) HACIA UNA LEY DE MEDIACIÓN PENAL	66
VI. BIBLIOGRAFÍA	71

NOTA DEL AUTOR

La mediación penal es una materia joven y dispersa en diferentes prácticas y formulaciones. Por ello, despierta dudas sobre sus posibilidades como útil para la resolución de conflictos penales, con las garantías jurídicas que un Estado de derecho exige. Al mismo tiempo, todos los países de la Unión Europea están obligados a regularla en virtud de la legislación que les vincula a esta organización, no habiendo cumplido hasta el momento España con esta obligación.

Este trabajo, cuya base es la tesis que presenté para finalizar mis estudios de Máster en mediación, aborda la creación de un marco teórico-jurídico sólido para la mediación penal, que demuestre la validez de esta para la resolución de conflictos penales, en coherencia con los fines de la justicia, desde su novedosa perspectiva restaurativa; al igual, que cumple con las necesidades y fines del derecho, en general, y del derecho penal, en particular. Por otro lado, para cumplir con eficacia la necesidad de regular la mediación penal, entiendo que se debe aprovechar la experiencia legislativa y práctica acumulada en países como Bélgica, Francia, Luxemburgo y Alemania. Es el modo más adecuado de no reproducir los mismo errores, colaborar al desarrollo del conocimiento acumulativo, y determinar los elementos indispensables a introducir en una futura legislación española.

Para ello, hemos recurrido a la revisión de la literatura en todas las materias implicadas, de la legislación y de los estudios hechos sobre la legislación y la práctica de la mediación penal en los citados países.

Con ello, esperamos dar solidez a la mediación en cuanto nueva materia de estudio y práctica, mejorando su posición respecto a las críticas que se han versado sobre ella de falta de garantías de seguridad jurídica y a los miedos que esto suscita. Todo ello podría tener su traducción a la realidad en una legislación española mejor definida, más completa y eficaz, entendiéndolo como necesario, recuperar el principio de subsidiariedad del derecho penal, para que vuelva a ser la última ratio del control social estatal. Claro está que no es una tarea sencilla, toda vez que el cambio hacia una nueva política criminal debe radicar fundamentalmente en el cambio de mentalidad de toda una comunidad, que ha sido formada en otra forma de entender la reacción penal.

Murcia, septiembre de 2010.

NOTA GRATULATORIA

Es este el primer libro que escribo, aunque no la primera publicación que hago. De ello, el máximo culpable es el profesor Jerónimo Molina Cano, titular de las enseñanzas de Política social en la Universidad de Murcia. Quiero que mi primer agradecimiento sea para él, por ser el director de mi tesina del Máster de mediación, futuro director de mi tesis doctoral y amigo. Él descubrió, antes que yo, mi inclinación por la reflexión y desde hace ya cuatro años viene animándome, guiándome, enseñándome, en suma, como buen profesor que es.

En segundo lugar, agradezco a mi familia – padres, hermanos y sobrinos – su apoyo, no sólo en la publicación de este libro, sino durante el recorrido que ya he hecho y el que pretendo hacer en el futuro. Sé que mis ausencias no pasan desapercibidas, pero sé que os alegráis por verme hacer lo que deseo.

Igualmente, agradezco a *moja kochania* Dominika su apoyo incondicional a todos los proyectos que llevo a cabo y a los que tengo en mente. Tu paciencia, tus tés, tu diálogo y tu cariño me dan la tranquilidad y la confianza para ir cumpliendo con lo planeado.

Finalmente, agradezco a Jorge, José Carlos, Carlos, Pedro y Toñi su amistad incondicional y longeva ya, durante la que hemos vivido muchas etapas importantes de nuestras vidas. Entre cafés, bancos, viajes, rutas, comidas y barbacoas, desde San Juan a Lieja y desde Molina a Londres, he ido moldeando lo que soy. Vuestro verbo y vida hacen que mis pies siempre estén en la tierra, al tiempo que permiten que mi mente nunca se duerma.

A todos vosotros por igual y a todos aquellos que se dedican a la reflexión sobre la mediación, o a cualquier otra materia que pretenda aportar algo de libertad y felicidad al hombre, gracias. Este es mi primer intento de colaborar a tal fin, por lo que ruego sepáis disculpar mis errores que, con tiempo y ayuda, espero saber bien reparar, puesto que pretendo poder escribiros mi agradecimiento en nuevas ocasiones.

Murcia, septiembre de 2010.

I. JUSTIFICACIÓN

Los conflictos desencadenados por la comisión de un delito, por pequeño que este sea, son, normalmente, resueltos desde el derecho penal punitivo. Se entiende que el castigo al culpable devuelve a la colectividad la sensación de restablecimiento del orden y la reconcilia con la idea de justicia; intimida a los potenciales delincuentes y, finalmente, pretende resarcir al agredido, infringiendo al culpable un daño proporcional al que ha causado. Esta manera de actuar se basa en la creencia de que la aplicación de penas – más, si estas se endurecen – y el rigorismo punitivo general, son suficientes para mantener la paz social.

Sin embargo, la eficacia real y potencial de las penas es mucho menor de lo que se les atribuye. Aunque se haya ampliado el ámbito de actuación del derecho penal y se hayan endurecido las penas, no se ha conseguido el efecto disuasorio deseado. Muy al contrario, la realidad muestra altas tasas de reincidencia y escasa contención de los infractores, con independencia de las penas que se les hayan impuesto. Esto, además de demostrar que la eficacia de la Justicia Penal actual es más que cuestionable, no permite que un sentimiento de mayor seguridad subjetiva se instale en la ciudadanía.

No obstante, hasta hoy era el único cauce que los ciudadanos tenían para reaccionar ante una transgresión de la ley. Lo que inevitablemente a dado lugar al colapso del sistema judicial, convirtiéndolo en ineficaz, lento y costoso.

Por otro lado, en los casos en los que la justicia cumple con su cometido, atrapando y castigando al ofensor, cabe preguntarse, ¿es que esto resuelve el conflicto?, ¿se ha compensado realmente a la víctima?, ¿se ha contribuido a la rehabilitación del autor? En muchos casos, la respuesta a las tres preguntas es no.

El proceso penal tiene como objetivo esclarecer los hechos para determinar la culpabilidad del acusado y actuar en consecuencia. Es decir, tiene más en cuenta los hechos y la norma escrita, que el conflicto entre las personas. Este modo de actuar, olvida las necesidades de la víctima, que podría preferir otra solución más satisfactoria para él; y las del autor, ya que se centra más en castigar que en rehabilitar.

En efecto, las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los tribunales, no tienen relación con las características del castigo impuesto al agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que han perdido desde el suceso delictivo. Es decir, frecuentemente las necesidades reales de las víctimas no coinciden con las pretensiones judiciales. Ello, junto a la lentitud del proceso – una justicia tan lenta, ¿es justa? –, explica la frecuente desilusión de los ciudadanos con el sistema judicial, que no satisface las esperanzas depositadas en él. En este sentido, el proceso penal no sólo no respeta las necesidades de las víctimas, sino que supone, en algunos

casos, una experiencia dolorosa para ellas. No en vano, se ha denominado a esta experiencia *victimización secundaria*, ya que la víctima es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al entramado judicial, que lo excluye de cualquier participación en su propio conflicto, mientras todo es llevado a cabo por el juego de los profesionales.

Por su parte, el infractor no recibe en la práctica, aunque las normas así lo prescriban, una orientación reinsertadora a través del castigo. Al contrario, ser condenado suele representar un estigma social que dificulta la recuperación del individuo para la sociedad, mientras la reparación del daño tiene efectos resocializadores, ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de sus actos y a asumir los legítimos derechos de las víctimas.

Frente al modo punitivo de entender la justicia penal, está la justicia restaurativa, que ve la delincuencia como una violación de los derechos de las personas y de las relaciones interpersonales, antes que como una transgresión de las leyes del Estado. Los principales dañados son la víctima y la sociedad, no el Estado. Así, ésta violación conlleva unas responsabilidades sociales por parte del autor, al que hay que dar la oportunidad de reparar el perjuicio ocasionado, incluso de reconciliarse con la víctima. En este proceso, el catalizador puede ser la mediación; pero no es el único medio a disposición de la justicia restaurativa.

Junto a ésta, encontramos la nueva o, más acertadamente, las nuevas teorías del conflicto. Se trata de una diversidad de experiencias y estudios, que tienen en común haberse replanteado la valoración negativa tradicional del conflicto como algo que se debe evitar, para pasar a considerarlo como algo connatural al ser humano en relación, que permite la innovación social y la evolución, al intentar superar situaciones que se muestran insuficientes.

Para esta corriente, los conflictos no son buenos en sí o malos en sí. Simplemente, forman parte de la naturaleza humana y tienen un potencial positivo en la forma de resolverlo. Lo bueno o malo, no es el conflicto, sino cómo le damos solución.

Sin embargo, todos los cambios, todas las innovaciones provocan cierto rechazo. Una forma de justicia que propone métodos extrajudiciales, parece algo incoherente y poco fiable. Son los profesionales del derecho quienes, con acierto, se preguntan sobre las garantías de seguridad jurídica de un proceso como la mediación. El proceso penal conocido hasta ahora, ofrece un marco legal sustantivo y procesal seguro, acerca de las penas que podemos esperar, el proceso que se seguirá, como llevar a cabo nuestra defensa, el derecho a la asistencia de un abogado, etc. Desde este punto de vista, la mediación aparece como un proceso que no es claro, ya que gran parte de él es acordado por las partes y, por tanto, cambia de un acuerdo a otro.

No obstante, esta aparente inseguridad no es del todo real. La mediación es un proceso extrajudicial, pero no informal, que ofrece garantías procesales y de resultado, justas y conforme a derecho. Además, las inseguridades señaladas por los juristas, no sin motivos, nos señalan la necesidad de legislar todos estos aspectos.

Sin embargo, antes de llegar a esto y para dar una base sólida y segura a la mediación penal, hemos de remontarnos a las bases teóricas de aquello en que se inspira y de aquello donde queremos enmarcarlo. Es decir, si pretendemos que la mediación se inserte en el derecho penal positivo como un instrumento a su servicio, debemos asegurarnos de la adecuada correspondencia entre ambos.

En un peldaño superior, para demostrar las garantías que ofrece, podremos ver como la mediación responde a la idea de Derecho Natural. Por otro lado, la Justicia es el fin del Derecho y la mediación es un instrumento de esta, en una nueva visión restaurativa de la misma. En suma, veremos como la mediación es un válido instrumento del Derecho penal y del Derecho Natural – fundamento de todo Derecho –, para realizar la Justicia, tanto desde sus bases teóricas clásicas, como desde su nueva visión restaurativa.

Y es que una sociedad responsable debe tener reglados, legalizados y legitimados, resortes propios para la gestión de conflictos, basándose en el principio de intervención mínima del derecho penal. En este sentido, la justicia restaurativa y, como valioso instrumento de esta, la mediación son una alternativa y complemento a tener en cuenta.

Ya la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución número 40/34, del 29 de noviembre de 1985, declaraba que: “[...]Procesamientos informales para la resolución de conflictos, incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas nativas, deberían ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas.”

Institucionalmente, el Consejo de Europa se encarga de estas cuestiones a partir de la segunda mitad de los años noventa. En concreto, encarga a un grupo de expertos que realicen un estudio sobre las posibilidades de incluir la mediación penal dentro del derecho procesal penal como alternativa a los procedimientos actuales. Finalmente, dicho organismo establecerá su posición de forma oficial, a través de la Recomendación Número R (99) 19, de 15 de septiembre de 1.999, no vinculante, pero que establece una serie de principios deontológicos y metodológicos de referencia para los países que quieran implantar la mediación penal; lo cual se considera recomendable, en virtud de la situación general de los sistemas judiciales y de las ventajas que puede ofrecer.

La mediación penal y la justicia restaurativa, aunque sean campos todavía poco explorados, no son algo novedoso. Ambas se han venido desarrollando a través de programas en multitud de países, habiéndose decidido algunos de ellos, a integrar ambos objetos en sus correspondientes legislaciones, adaptándose, de este modo, a las

recomendaciones del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas.

Éste es el caso de países como Alemania, Francia, Bélgica y Luxemburgo. Aunque las experiencias pioneras vengan de Estados Unidos de América, en nuestro entorno, los países que ya han incorporado la mediación penal para menores y mayores a sus legislaciones y tienen una amplia experiencia en este campo son los citados más arriba, cuyas organizaciones sociales, con su práctica, reivindicaron la necesidad de prestar atención a estas formas alternativas de resolución de conflictos.

En España, con la aparición de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, se inició un tímido intento de aplicación de esta nueva forma de Justicia, previéndose en su articulado mecanismos de mediación, llamados en esta de conciliación – reparación. Tras este comienzo, algunas comunidades autónomas han tratado de tomar la iniciativa en el ámbito práctico de la mediación penal de adultos. Nos pueden servir de ejemplo Cataluña, Andalucía o País Vasco.

Actualmente, ya se ha presentado el Anteproyecto al Consejo de Ministros y debería ver la luz este año, la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Aunque, expresamente, excluye de su radio de actuación los asuntos penales, la mediación es un método único, que tiene especificidades concretas según el campo en el que se aplique. Por tanto, este Anteproyecto nos puede dar muchas pistas sobre como ve el poder político la mediación; sus aciertos y sus errores. Todo lo cual, debe suponer una ayuda más en la correcta legislación de la mediación penal.

Ahora bien, el hecho de que se haya presentado este Anteproyecto, ya tiene un mérito incontestable. Demuestra la necesidad de regular jurídicamente esta realidad compleja de experiencias, de normativa internacional y nacional, de teorías de justicia, etc. Además, esta legislación debe ser de ámbito nacional, de modo que se consiga la inserción real de la mediación dentro del entramado del sistema jurídico penal, dando un marco de referencia claro, con las mismas garantías jurídicas en todo el territorio español.

Consideramos que este trabajo puede resultar adecuado al momento y situación actual, tanto por su temática, como por su oportunidad.

En nuestros días, lo más valorado en cualquier campo de actividad humano es la eficacia. Así, desarrollamos acciones y volvemos sobre ellas para conocer su eficacia, coste, impacto, etc. Pero el interés de este trabajo está en la conciencia de que, como toda actividad académica que empieza, la mediación está necesitada de un cuerpo teórico fundamental.

Sin lugar a dudas, siempre se ha entendido que una de las ramas del conocimiento implicada en la mediación es el derecho. Éste forma parte de la formación de los mediadores; y es invocado por profesionales, docentes y todos aquellos que apoyan la utilización de la mediación, como necesario para que esta adquiera un estatus legal claro.

Es oportuna, ya que no existe regulación legal para la mediación penal, pero parece evidente a ojos de todos, que es necesaria. De hecho, como hemos visto, se está preparando ya una Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Es, por tanto, el momento adecuado para reflexionar, con la teoría y la práctica acumulada por otros, sobre como debería ser esa futura legislación.

II. MARCO TEÓRICO DE LA MEDIACIÓN PENAL.

A) DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE JUSTICIA.

A menudo, podemos escuchar en nuestro día a día afirmaciones tales como "esto no es justo", "no hay justicia", "queremos justicia". Pero ¿qué es la Justicia?. Si buscamos la definición en un diccionario, podremos advertir, en general, dos concepciones:

1. Es el conjunto de órganos que constituyen el poder jurisdiccional del Estado para aplicar la ley, protegiendo los derechos subjetivos y sancionando su violación.
2. Es una virtud moral que encontramos en las personas y hechos que consideramos justos.

Centrándonos en esta segunda acepción, que es la que sirve a nuestros fines, la Justicia es, en la medida en que puede predicarse de un comportamiento humano o del hombre que lo practica, una virtud. Esto es, cierta calidad que se predica del ser humano y de algunas de sus obras. De un determinado comportamiento humano se dice que es justo o injusto, y se llama justo a quien practica con frecuencia aquel comportamiento; pero también se califica de justa a una ley, o se dice que el capitalismo es injusto y debe ser sustituido por un orden más justo de la sociedad.

En tanto virtud que los hombres desean ver en todo realizada, la Justicia se constituye en fin del Derecho, que es el instrumento que los hombres se han dado para conseguir una adecuada convivencia. Y, partiendo de esta perspectiva, vamos a ir analizando las más importantes concepciones que de la justicia ha habido a lo largo de la historia del pensamiento.

Los sofistas. La primera concepción de Justicia que hubo en Grecia fue la de que algo es justo cuando no interfiere con el orden al cual pertenece, de donde podemos inferir que la Justicia es que cada cosa ocupe su lugar.

Platón o la Justicia como armonía social. Para Platón, la mejor forma de identificar lo que sea la Justicia, es trasladándola a la organización de un Estado ideal, en el cual prevalecería la justicia.

La justicia se puede analizar en dos planos, el individual y el social. En el primero, la justicia nos llama a someter nuestros instintos a la razón, por lo que los gobernantes de la ciudad deben ser los individuos más aplicados a esta tarea, es decir, los más sabios, o sea, los filósofos, ya que son los más justos.

En el plano social, hay justicia cuando cada cual de cada estamento hace lo que le corresponde. Así, cada hombre debe cultivar una virtud según su estamento: el guardián, la sabiduría; el guerrero, la valentía; y el artesano, la templanza. De acuerdo con esto, la

justicia es la virtud por la que cada uno cumple con su función en la sociedad y no perturba al resto.

Aristóteles. Al igual que para Platón, la Justicia encuentra su mejor acomodo en la política. Así, en la ciudad donde hay justicia, reina el bien.

La Justicia supone alteridad, ya que siempre está referida al otro en la aplicación y realización de la igualdad como fundamento de la armonía social, dando a cada uno lo suyo. Ahora bien, necesita de la equidad para poder aplicar las leyes, que son generales, a los casos particulares.

De forma novedosa, Aristóteles diferencia tres tipos de justicia:

- La distributiva distribuye los honores y riquezas a cada cual según su contribución a la *polis*, ya que es justo que se repartan conforme a los méritos.
- La conmutativa actúa en los intercambios realizados libremente por los ciudadanos. Cuando no se obtiene en ellos ni más ni menos de lo que antes se tenía, se dice que cada uno tiene lo suyo. No hay pérdida ni provecho. Por lo tanto, lo justo es el medio entre cierto provecho y cierta pérdida.
- La coercitiva aplica una sanción a todo aquel que no acate la ley, sin distinciones de clase, viendo sólo quien cometió una injusticia y quien la recibió. Esta sanción debe ser proporcional a la magnitud del delito y reparar el daño cometido.

Los estoicos. En el mundo físico se dan una serie de regularidades, como por ejemplo, el ciclo lunar. Estas se deben a la existencia de leyes universales y naturales que todo lo rigen, predeterminando como suceden las cosas.

La capacidad de ponerse en contra de este orden es únicamente humana; pero para los estoicos esto sería contrario a la virtud. Al contrario, la acción meritoria es aquella por la que el hombre se adecua al ritmo de las cosas por propio conocimiento.

La Justicia es, entonces, aceptar la ley natural que ordena todas las cosas, la *lex eterna*.

Cicerón afirma en *El tratado de la República*, que todo hombre debe practicar la justicia.

Roma dio al derecho un formidable desarrollo. En este contexto, entiende Cicerón que el hombre ha nacido para la justicia, ya que la naturaleza le ha concedido la razón, haciéndolo superior a los demás animales. Así, la ley es la recta razón que hace distinguir al hombre lo justo de lo injusto.

Santo Tomás de Aquino. La teoría tomista de la Justicia es heredera de Aristóteles. La Justicia es aquella virtud de la voluntad que ordena al hombre en las cosas relativas al otro, asegurando a todos lo suyo.

Al igual que Aristóteles, Santo Tomás relaciona la justicia y la equidad, ya que, al ser los actos humanos singulares y contingentes, resulta imposible establecer una norma legal

que todo lo abarque; por eso las leyes se establecen sobre la base de lo que sucede en la mayoría de los casos. Una aplicación sin equidad en algunas circunstancias concretas, iría contra la justicia.

Thomas Hobbes. Para Hobbes, el hombre, en su estado de naturaleza, está legitimado a hacer todo lo que le convenga para conservar su vida. Al extremo, esta regla provocaría una guerra de todos contra todos. Para evitar esta situación los hombres se someten a un pacto representado por el soberano. Aquellos delegan la autoridad en este, aceptando las leyes impuestas, por más que estas no sean justas, sin derecho a desobedecerlas y aceptando el poder coercitivo del Estado. Así, la obediencia a las leyes que no aceptamos por moral, es debida por utilidad. El hombre es social por necesidad y no por naturaleza, y la fidelidad al pacto es en utilidad de todos.

De este modo, la Justicia no es otra cosa que el cumplimiento de los pactos. Antes de que se celebren no existe derecho alguno de un hombre contra otro y no puede hablarse de comisión de injusticia. Pero, ¿qué nos asegura que el soberano respetará el pacto? Que el pacto sea legal. Si es así obliga. En caso contrario, no.

David Hume y los utilitaristas estimaron que lo justo es lo que está en conformidad con el interés de la sociedad, con la utilidad pública. Esto es, el mayor bien posible para el mayor número posible de individuos.

La utilidad ha sido criticada como concepto incierto, que no puede ofrecer suficiente seguridad jurídica; pero no es menos confuso lo que sea lo justo. No sólo hay diferentes nociones individuales y nacionales de la justicia, sino que en la mente del mismo individuo, la justicia no constituye una regla única, sino varias, que el individuo usa para guiarse en cada situación.

Immanuel Kant no hizo una definición concreta de Justicia, por lo que tenemos que acudir a la distinción que realizó entre Derecho y Moral para acercarnos a la idea que mantuvo este filósofo.

Para él, la moral persigue la libertad interior, la independencia del sujeto con respecto a todo móvil que no sea el deber autónomo, y el derecho realiza la libertad del obrar externo en la convivencia con los demás. Pero, a pesar de las diferencias, derecho y moral persiguen el mismo fin último de asegurar la libertad del hombre. Así, Kant dice en Los principios metafísicos del derecho: “[...] la ley universal de derecho: Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal [...]”¹.

John Rawls. A consecuencia del aumento de las dificultades que afrontan las poblaciones más pobres de la mayoría de los países del mundo, se ha puesto en

¹Kant, “Principios metafísicos del derecho” (1797), extraído de “Introducción a la Filosofía”, Editorial Magisterio Casals, pag. 408.

entredicho el modelo económico y social actual.

En este contexto surge la propuesta de Rawls, que enfatiza la necesidad de asumir fundamentaciones éticas en la organización de sociedades justas y estables. Él, como otros, busca lograr el bienestar colectivo sin sacrificar la libertad individual.

Rawls establece la necesidad de unos principios mínimos de justicia social, como base común para la satisfacción de las necesidades primarias de todas las personas. Una vez garantizadas, todos los miembros de la sociedad estarían en igualdad de posibilidades para competir y, entonces, sí sería aceptable admitir el despliegue total de las capacidades individuales para buscar la realización libre de sus propicias aspiraciones.

Así, podríamos decir que para Rawls, la Justicia es la garantía que todo ser humano debe tener de estar en igualdad de posibilidades con respecto a los demás, una vez cubiertas sus necesidades básicas.

B) DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO NATURAL.

Desde la tradición greco-romana siempre se creyó en la existencia de unas normas o principios de justicia que no dependen de la voluntad humana, individual o colectiva, y que aparecen por primera vez en la *Antígona* de Sófocles, como los *nomoi agraphoi*. Es interesante el hecho de que se trate de una obra literaria, ya que nos revela que se trataba de una idea extendida en la sociedad griega.

Aún así, desde el primer momento ya surgió la problemática de si estos principios eran realmente inmutables y constantes. Aristóteles no duda de la existencia de conductas buenas o malas en sí, pero tampoco encuentra en las *leyes no escritas* la referencia para orientarnos en todos los aspectos importantes de la vida y, el que haya verdades que son iguales para todos los hombres, no es incompatible con la condición histórica del hombre concreto de cada época y lugar. Los hombres nos hacemos en la historia, pero siguiendo siempre una naturaleza específicamente humana.

Más tarde, la tradición más cercana a nuestro orden jurídico, la romana, oscila entre dos ideas bien distintas del derecho natural. Una hace referencia a la ley escrita en el corazón de los hombres que les lleva a discernir lo bueno de lo malo. La otra, hace referencia al estadio originario de la humanidad caracterizado por la propiedad comunal de los bienes y la libertad de todos los miembros de la misma.

Así, podemos concluir en este punto, que desde los inicios de la cultura europea existieron dos concepciones diferentes del derecho natural: la ley interna e innata del hombre; y el estatuto de la original igualdad entre todos los hombres.

Durante la baja Edad Media, en el siglo XIII aparecen dos autores que clarifican la

noción de derecho natural. Uno, Bellapertica, establece que lo justo natural se determina por las *necesidades*. Como estas cambian a lo largo del tiempo, podemos decir que existe un derecho natural de hoy, que sustituye al ya anticuado; y existirá un derecho natural futuro. Hoy podemos decir que esto o aquello es justo, y realmente lo es, pero, cambiadas las necesidades humanas, puede que deje de serlo.

En coherencia con esta idea, Bellapertica distingue entre *ley natural* y *derecho natural*. La ley es inmutable, se refiere a los *prima principia* que todo hombre encuentra naturalmente mediante su conciencia, tales como no robar. El derecho es la concreción de la ley para cada época concreta. Cuando una solución es justa, vincula en conciencia, y en ella se funden ley y derecho natural.

El segundo autor es Santo Tomás de Aquino, quien asume tanto la teoría tradicional como la de Bellapertica. Con un recorrido intelectual más complejo que sus antecesores y un discurrir algo tortuoso, podemos resumir que establecía dos niveles diferentes del derecho: el *ius naturale* y el *ius gentium*.

El primero es lo evidente por sí, es decir, los *prima principia*. Dentro de estos hay varios tipos. Unos son inmutables y otros no; y dentro de estos últimos, hay unos que pueden ser modificados por voluntad divina y otros que pueden ser modificados por los hombres. Así, llegamos a la idea de un derecho natural inmutable y otro adaptable a la historicidad del hombre.

En segundo lugar, todo lo obtenido por la reflexión es el *ius gentium*, es derecho positivo. Sin embargo, este derecho puesto no hace sino dar respuesta a las necesidades naturales de los hombres, en su mayor parte contingentes, con lo que integraría y, en cierta suerte crearía, el derecho natural.

Durante la Edad Moderna se produjo el rechazo de la cultura heredada de la Edad Media. Invalidada esta tradición, ¿qué podíamos decir del derecho natural ahora? Vázquez de Menchaca marcó el nuevo camino en sus *Controversias ilustres y otras de frecuente uso*, donde retoma las teorías romanistas del estado natural en el que todos los hombres seríamos individuos libres e iguales. Por lo que toda institución de poder político era de necesario origen contractual.

A partir de aquí, el *ius naturale* es utilizado en las luchas de religión y para la justificación de la nueva estructura de poder, el Estado y su monopolio de decisión sobre lo justo y lo injusto. La única innovación fue introducida por Locke, quien añadió al binomio de derechos naturales igualdad-libertad, el derecho a la propiedad (Locke, 1713).

Todas estas visiones del derecho natural tenían muchos elementos extraños a la ciencia jurídica y van rechazando sucesivamente las tradiciones anteriores; pero, básicamente, lo que hacen es cambiar el origen último de este derecho. Lo que, en un principio, fueron los dioses griegos, más tarde fue el Dios cristiano, después sería la razón,

el Estado parlamentario, la ciencia, etc. Este proceso, en la modernidad, marcado por una progresiva desteologización, pone como sujeto creador, constructor y adjudicador de sentido al hombre.

La época posmoderna supone una crítica destructiva de la modernidad. Se niega toda posibilidad sistematizadora y constructiva de la razón. Todo intento de discurso universalista racional existente, o es imposible o encubre una finalidad dominadora. En consecuencia, el derecho constituye sólo un constructo de dominación utilizado por el poder y sobre el que sólo se debe investigar para descubrir sus zonas oscuras opresoras para liberarnos de ellas. Sin embargo, a diferencia de otras épocas, la posmodernidad no sustituye la justificación del derecho natural dada por sus antecesoras corrientes de pensamiento, sino que sólo la elimina, dejando un vacío.

Para Massini Correas (1998), el camino para superar este vacío pasa por una refundación del derecho natural, el Neiusnaturalismo. Se trata de realizar una reformulación del objetivismo ético-jurídico. Para ello, lo más adecuado es retomar la tradición milenaria de la ley natural de modo que podamos afirmar la existencia de algo intrínsecamente justo. En esta labor, será de gran ayuda una nueva relectura de la aplicación de la ley natural a nuestras actuales circunstancias. Como ya afirmara Santo Tomás, la solución práctica de las necesidades contingentes de los hombres, a partir de su capacidad innata para distinguir lo justo de lo injusto, determina lo que sea el derecho natural.

Esta tarea, ardua y difícil, deberá hacer frente a tres cuestiones:

- El hombre de nuestros días, está muy alejado de los presupuestos nocionales de la tradición del derecho natural. Además, debido a la tecnificación del derecho y a su monopolización por parte del Estado, la ciencia jurídica y la reflexión a cerca de lo que sea justo, se han ido distanciando de los hombres.
- Se ha de proporcionar una justificación ética sólida de las realidades jurídicas, de modo que quede fundamentada la obligatoriedad y exigibilidad de los derechos y responsabilidades jurídicas.
- Es imprescindible que el derecho natural se afirme en su indisponibilidad frente al positivismo estatal, para evitar que la legislación manipule al derecho.

C) EL DERECHO PENAL, ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.

En esta tesis defendemos la integración de la mediación en el entramado del derecho penal español. Concretamente, su regulación en el derecho procesal, como medio que

pueda servir a los fines del Derecho penal, junto a las penas y a las medidas de seguridad.

Para ello, debemos definir el Derecho penal y ver si la mediación es compatible con sus fines. Igualmente, en tanto actividad humana que evoluciona, debemos conocer el recorrido histórico de esta rama del Derecho, para saber si la mediación es adecuada en el momento actual y qué mejoras puede introducir.

1. Definición del Derecho Penal.

De modo genérico y para llegar a un acuerdo de mínimos, podemos decir que el Derecho penal es la rama de la ciencia jurídica y el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado. Estas normas se dividen en:

1. Derecho penal sustantivo. Es lo que conocemos como código penal o leyes penales de fondo. Promulgadas por el Estado, establecen los supuestos de hecho punibles y las consecuencias que le siguen, en forma de pena o medida de seguridad, a fin de preservar la convivencia y el orden.

2. Derecho penal adjetivo o procesal penal. Es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación del derecho penal sustantivo.

La misión fundamental del Derecho penal es proteger a la sociedad, a través de las penas impuestas a los infractores. Estas van desde la supresión de todos los derechos (pena capital; aceptada en nuestro país en condiciones especiales), hasta el pago de sanciones y los trabajos en beneficio de la comunidad, pasando por la privación de libertad (la más utilizada) y otras. Ellas se aplicarán dependiendo de la gravedad de los hechos juzgados, para que el delincuente recapacite y se reincorpore a la convivencia pacífica de la sociedad.

2. Evolución histórica del derecho penal.

El derecho penal, como toda actividad humana, ha evolucionado a lo largo de la historia, manifestándose distintamente en cada sociedad y tiempo. Vamos a intentar resumir su recorrido como sigue:

Tabú y venganza privada. En tiempos primitivos donde el derecho penal no estaba estructurado, existía una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias negativas para el ofensor, su familia, incluso su clan o tribu. El responsable de la violación de uno de estos tabús quedaba a merced de los perjudicados, quienes le infringían un mal mayor.

La Ley del Talión. Las primeras limitaciones a la venganza privada surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que introducen una primera proporcionalidad entre daño y castigo. Es el famoso *ojo por ojo, diente por diente*. En casos como el robo, donde la víctima no era dañada físicamente, se podía utilizar

igualmente una pena física relacionada con el delito; por ejemplo, cortar la mano.

También aparece en esta época una alternativa al castigo físico, la *composición*, o pago de una suma dineraria a cambio de la renuncia de la víctima a la venganza.

El Derecho romano introduce una importante distinción entre delitos públicos (*crímenes*) y delitos privados (*delitos*, en sentido estricto). Ambos deben ser perseguidos sin distinción de clases sociales, pero los primeros por el Estado en su propio interés y los segundos por los particulares.

Paulatinamente los delitos privados pasaron a ser también perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública. Tendencia más marcada aún durante la República, finalmente sólo quedan como delitos privados los más leves, afirmándose así, el carácter público del derecho penal y el interés del Estado.

Edad Media. El señor feudal aglutina progresivamente el poder uniformando las diferentes tradiciones jurídicas existentes: costumbres bárbaras, derecho romano y derecho canónico (la religión católica fue adoptada por el Imperio Romano en el año 313). Así, el delito y el pecado, que se homologaban, representaban la esclavitud; y la pena, la liberación. Concepción esta, que concluirá en el procedimiento inquisitorial.

Las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio. Este código, aparecido entre los años 1256-1265, ejerció una enorme influencia en la legislación general. En él, queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva y se establece que la finalidad de la pena es la retribución (castigo por lo hecho) y la prevención general (medio de intimidación para que el hecho no se repita).

De forma novedosa, al introducir por influencia del derecho romano, la definición del inimputable (el loco, el furioso, el desmemoriado y el menor de diez años y medio, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los parientes por su falta de cuidado), traza claramente la diferencia entre la comisión de un hecho y su comisión culpable, es decir, la condición subjetiva para la imputación.

También, toma en consideración muchas otras circunstancias de carácter subjetivo, tendentes a la adaptación de la pena a cada infracción concreta. Así, diferencia entre el hecho doloso, el culposo y el justificado, y prevé ciertas formas de instigación, de tentativa y complicidad.

Derecho penal liberal. Se desarrolla en coherencia con los presupuestos filosóficos de la época que sitúan al contrato social como origen de la sociedad, debiendo el individuo ceder parte de su libertad al Estado y su poder punitivo, para la conservación del orden.

Comienzan, aquí, las bases del derecho penal actual, que podemos resumir en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, principio de Legalidad y proporcionalidad entre delito y pena.

Positivismo. Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado Liberal

no intervencionista, que no logró reducir la criminalidad, nace el positivismo, cuya idea central es la lucha integral contra la criminalidad (*guerra al delincuente*) a través de la intervención directa del Estado.

La *Escuela Positivista Italiana*, con Lombroso y Ferri a la cabeza, dotaron al delito de un enfoque, que podríamos llamar sociológico, en cuanto deja de ver el delito como ente jurídico, para tratarlo como hecho social observable. El delincuente es visto como fenómeno patológico con una predisposición innata para delinquir. El delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto.

Admitido que existen en la sociedad sujetos potencialmente peligrosos desde su nacimiento (vagos, alcohólicos, etc.), se debe neutralizar esa peligrosidad para mantener la paz social. Evidentemente, esta peligrosidad atribuida de forma predelictual, no cumplía las mínimas garantías jurídicas, al menos, tal como las entendemos ahora. En resumen, las líneas principales de esta escuela son:

- Las leyes deben fijar de manera minuciosa y comprensible las normas de convivencia, para que cualquier persona pueda saber si sus actos son delictivos o no y las consecuencias de los mismos.
- Las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible, y disuadir de la comisión de nuevos delitos. Penas como la tortura o la muerte son inútiles y perniciosas.
- Lo que más disuade no es la gravedad de la pena, sino la inexorabilidad de la justicia. Se debe aplicar los castigos más leves posibles, pero con toda seguridad.
- Las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos, es decir, al grado de daño causado a la sociedad. Si todas las penas son igual de rigurosas, el delincuente cometerá siempre el delito mayor.
- Las penas deben ser iguales para todos los ciudadanos.
- La pena y el delito deben estar tan próximos en el tiempo como sea posible, para que aquella cumpla su fin.

La *Escuela Positivista Alemana* tiene como máximo representante a Von Liszt, quien cultivó todas las ramas del derecho penal (el derecho penal de fondo, el derecho procesal penal, la criminología, la política criminal, etc.), editando la *Revista para la ciencia total del derecho penal*.

Encuentra Von Liszt que el derecho penal no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella, ya que detalla los requisitos legales y límites necesarios para ser merecedor de un castigo, al que se puede unir una medida de seguridad, para que cumpla mejor con su triple fin preventivo: corrección de los delincuentes corregibles; no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora; e inocuización de delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles.

La teoría del delito. A partir de los planteamientos de Von Lizst, con base en Alemania y luego difundido por toda Europa (en países como Italia, España, Portugal o Grecia), el renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra mundial debía darse en base a límites precisos y garantistas. Así, con el objetivo de ofrecer seguridad jurídica e imponer penas justas y proporcionadas, se establece un sistema que determine cuando un hecho es punible. Este es un instrumento útil para la aplicación racional de la ley penal, con la doble función de mediar entre la ley penal y el caso concreto; y mediar entre la ley penal y los hechos materiales que son objeto de juicio. Se trata de seguir los siguientes pasos: primero, verificar que una conducta humana (acción) se adecua a la descripción realizada en la norma (tipicidad); luego, que la misma no esté autorizada o permitida por la ley (antijuricidad); y, por último, comprobar que el autor posee las condiciones personales para imputarle dicha conducta (culpabilidad). Sólo los hechos que tengan todos los elementos, podrán ser considerados merecedores de una pena, una medida de seguridad, o ambas.

En cualquier caso, la imposición de una consecuencia dolorosa a la producción de un daño a los individuos y/o la sociedad, ha sido el medio más utilizado por el Estado para el mantenimiento del orden. Las finalidades y significado de esta acción represiva se pueden sintetizar en dos grandes concepciones:

Teorías absolutas de la pena: Castigar porque se ha dañado.

Teoría Absoluta: Retribucionista. La pena no se aplica para producir un bien, sino por el daño producido y debe ser proporcional a este e inexorable. Para ello, debe existir culpabilidad, de modo que sea medible. Así, el castigo se experimentará como merecido, por el individuo y por la comunidad.

Teoría Absoluta: Expiatoria. La pena tiene un carácter moral. Sirve para la expiación de la culpa, la comprensión del sujeto de lo incorrecto de su actuar y se redención.

Teorías relativas de la pena: Castigar para que no se dañe. La pena constituye un medio para la prevención de futuros delitos. Esta visión se basa en: primero, la posibilidad de realizar un pronóstico mínimamente seguro de la conducta futura del sujeto; y, segundo, la eficacia preventiva de la pena en la lucha contra la delincuencia.

Teorías Relativas de la pena: Prevención General. La pena impuesta es un ejemplo para el resto de la sociedad que, de un lado, refuerza sus valores o, al menos, la vigencia del ordenamiento jurídico, cuyo quebrantamiento no queda impune; y, del otro, intimida a los individuos que piensen cometer un delito.

Teorías Relativas de la pena: Prevención Especial. La pena es una intervención legítima del Estado en la vida del infractor para prevenir futuros delitos y reducir su peligrosidad. Así, se imponen penas, trabajos, terapias, etc. para "curar" y resocializar al individuo, y/o apartándolo de la sociedad.

Es aquí donde tienen su lugar las *medidas de seguridad*. Se trata de una serie de consecuencias a la infracción, diferentes a las penas, que el orden jurídico prevé para situaciones donde estas no resulten suficientes o adecuadas, ya que el sujeto que ha cometido un injusto no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad (sujetos inimputables o semiimputables). Su función es la prevención de nuevos injustos a través de la reeducación y reinserción social. Estas medidas serán, según su función:

- Medidas terapéuticas. Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario con fines de cura.
- Medidas educativas. Reeducación en centro de deshabitación o educativo especial, sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo y profesional, de educación sexual y otros similares.
- Medidas asegurativas. Inocuidación y resocialización en centro psiquiátrico; prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; privación de licencia o del permiso de armas; inhabilitación profesional; expulsión del territorio nacional a extranjeros no residentes legalmente en España; obligación de residir en un lugar determinado; custodia familiar, etc.

3. Principios limitadores del derecho penal. Especialmente, los de intervención mínima y de oportunidad.

El derecho penal, a través de su doctrina, se autoimpone una serie de principios que limiten la construcción del Derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de Derecho. Es una forma de limitar la potestad punitiva de los poderes públicos, que frecuentemente ha sido cruel a lo largo de la historia. Estos son:

- Principio de legalidad. Sólo es delito aquel que está recogido en la ley.
- Irretroactividad. La ley penal debe ser previa al delito. Los hechos anteriores a la ley no pueden ser juzgados por esta, excepto si es más benigna.
- Máxima taxatividad legal e interpretativa. Se exige a los legisladores la mayor precisión de redacción. En caso contrario, el juez declarará la inconstitucionalidad de la ley, o la interpretará en el sentido más restrictivo del poder punitivo.
- Lesividad. Si no hay bien jurídico lesionado, no puede haber castigo.
- Trascendencia mínima. La pena no debe recaer en nadie más que la persona imputable. Siempre hay una trascendencia, pero debe ser la mínima (por ejemplo, que el reo ya no pueda trabajar afecta al sustento económico de la familia).
- Doble punición. No puede juzgarse a una persona dos veces por el mismo hecho y, por tanto, tampoco castigarla.

Especial trascendencia para la mediación tienen el principio de intervención mínima y

el de oportunidad. El primero dispone que el Derecho Penal debe tener carácter de última *ratio* por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos, sólo para los más importantes, frente a los ataques más graves, y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (*naturaleza subsidiaria*). Esto abre una puerta a otros medios de resolución de los conflictos penales, entre ellos la mediación, que la doctrina penal considera preferibles, siempre que sea posible. Si el Derecho Penal busca reducir la violencia social, deberá empezar por reducir su propia violencia punitiva.

En cuanto al segundo, el principio de oportunidad puede definirse, siguiendo a Cafferata Nores (1997), como la potestad de los órganos encargados de la persecución penal, en razón de una determinada política criminal y procesal, de no iniciar la acción, de suspenderla, limitarla en su extensión, o de hacerla cesar definitivamente, aunque persistan los motivos que justificarían la persecución².

Así, en coherencia y continuidad lógica con el principio de intervención mínima, el juez puede determinar la no incoación, la suspensión, la limitación, o finalización de un expediente, abriendo la puerta a otros medios de resolución extrajudicial.

D) LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

1. Nacimiento de la justicia restaurativa.

La justicia restaurativa es una teoría, a la vez que un movimiento social internacional de reforma de la justicia penal. La literatura sitúa su origen en el año 1974, en Ontario (Canadá), cuando dos jóvenes fueron condenados a reparar los daños que habían causado en 22 propiedades tras una fiesta. El éxito de esta experiencia, permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa en Ontario, trasladándose rápidamente a otras zonas del país y, de allí, a los Estados Unidos y Europa.

Algunos pretenden ver los inicios de la justicia restaurativa en los modos de solución de conflictos de las sociedades premodernas, pero esto no es correcto. Es cierto que pueden encontrarse algunas similitudes como la consideración del delito en tanto daño hacía las personas o la ausencia de rígidos procesos formales. Pero todo eso no responde a una verdadera justicia restaurativa, sino sólo al periodo histórico en que se encontraba la justicia penal. La época de la justicia restaurativa es la actual, ya que es una respuesta crítica a la justicia penal actual.

Las ideas que han informado e impulsado los diferentes programas que se encuadran en la justicia restaurativa se pueden resumir, según Dignan, en tres grandes críticas al

²CAFFERATA NORES, José, "El principio de oportunidad", Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 16

sistema penal tradicional:

- Este se ha demostrado insuficiente, ya que, en la práctica, falla castigando y previniendo, y es cruel. La justicia restaurativa es una manera de *civilizar* el sistema penal, poniendo mayor atención en la reparación de las víctimas.
- Entiende el delito como una ofensa en contra del Estado, dejando los intereses de las víctimas y la comunidad en un segundo plano.
- El crimen debe ser perseguido, pero no estigmatizando negativamente al ofensor. La conciencia es una herramienta más eficaz para controlar el delito que el castigo infringido por el Estado.

2. Definición de justicia restaurativa.

Como toda novedad teórica, la justicia restaurativa es todavía un conjunto de prácticas y teorizaciones diversas. Desde su nacimiento podemos contar algo más de 30 años de historia, en la que se aglutinan varias prácticas desarrolladas en diferentes países y culturas, con sus correspondientes perspectivas y visiones de la justicia restaurativa. Un movimiento nuevo, que lejos de ser unívoco, reúne diferentes tendencias.

Aún así, existe un núcleo común que nos permite dar una definición de la misma y configurar un cuadro teórico de sus características y valores, que nos ayude a discriminar lo que sea una práctica perteneciente a la justicia restaurativa, de lo que no.

Marshall, en la definición más ampliamente reproducida por la literatura especializada, ve la justicia restaurativa como "un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito, resuelven de manera colectiva la forma en cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro"³. Esta definición presenta algunos problemas, ya que no señala lo que tiene que ser restaurado y no define los valores de la justicia restaurativa, enfatizando el proceso antes que el objetivo principal de reparación del daño.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2002) definió, no la justicia restaurativa, sino su práctica, como aquel programa que usa procesos restaurativos y busca resultados restaurativos. Los primeros son aquellos en los que la víctima y el ofensor y, cuando es apropiado otras personas afectadas por un delito, participan activamente para resolver los problemas generados por este, normalmente con la intervención de un facilitador. Entre ellos, mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia. Por su parte, los resultados restaurativos consisten en los acuerdos logrados como resultado de un proceso restaurativo. Incluyen respuestas como la reparación, la restitución o el servicio a la comunidad, con el objeto de satisfacer necesidades y responsabilidades de las partes y de la comunidad y lograr la reintegración de la víctima y

³Marshall, Tony (1999). *Restorative Justice. An Overview*. London: Home Office.

del ofensor.

Hay otras muchas definiciones que enfatizan uno u otro aspecto, pero casi todas tienen, al menos, dos aspectos compartidos: la importancia de la reparación y la aceptación por parte del ofensor de su responsabilidad frente a las víctimas.

Así, podemos decir que la justicia restaurativa es una teoría y un movimiento social que comprende el delito como un daño contra las personas y las comunidades, que crea un conflicto que se resuelve mejor a través de diversos procesos de participación activa, donde las partes involucradas y, cuando sea apropiado otros miembros de la comunidad afectada, generalmente con la ayuda de un facilitador, acuerden la asignación de responsabilidades consecuencia del hecho delictivo, buscando reparar a la/s víctima/s y la reintegración de todas las partes en una convivencia pacífica.

3. Características y valores de la justicia restaurativa.

Lo más característico de la justicia restaurativa es la participación de los ciudadanos y el establecimiento de un proceso no judicial. Da a las personas la libertad de resolver sus conflictos (dentro de la legalidad) de modo participativo, a diferencia del sistema penal tradicional. El proceso está protagonizado por la víctima y el ofensor, quien debe asumir su responsabilidad y reparar el daño causado, al mismo tiempo que se evita su estigmatización negativa, para poder, finalmente, reintegrar a ambos en la convivencia.

Al objeto de aportar una visión clara y práctica para la identificación de las expresiones de la justicia restaurativa, podemos decir con Howard Zehr (2002) que:

- La justicia restaurativa parte de 3 suposiciones:
 - Cuando las personas y/o las relaciones son dañadas, se crean necesidades.
 - Estas necesidades son causa de obligaciones.
 - La obligación de reparar el daño; esta es la consecuencia justa.
- La justa respuesta al delito cumple con los 3 principios de la justicia restaurativa:
 - Repara el daño causado por el hecho injusto (restauración).
 - Motiva a la asunción de responsabilidades para satisfacer las necesidades y reparar el daño (responsabilizan).
 - Implica a las personas afectadas, incluida la comunidad, en la resolución (participación).
- Las 3 cuestiones imprescindibles para la justicia restaurativa son:
 - ¿Quién ha sufrido el daño?
 - ¿Cuáles son sus necesidades?
 - ¿Quién tiene la obligación de satisfacer las necesidades, reparar el daño y restablecer las relaciones?

- Los 3 actores que deben ser considerados y/o implicados son:
 - Aquellos que han sido dañados y sus familias.
 - Aquellos que han causado el daño y sus familias.
 - La comunidad.

Es vital proporcionar a las víctimas un ambiente seguro, respetuoso y libre, para que puedan expresar el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de colectivización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.

4. Justicia retributiva va justicia restaurativa.

La justicia restaurativa, al entender el delito como un perjuicio para las personas y la comunidad, se constituye desde su nacimiento en alternativa crítica a la justicia retributiva que plantea el delito como una lesión de las leyes del Estado que, en tanto que ofendido, tiene el derecho, la potestad y monopolio de la reacción penal. Partiendo de esta idea, podemos decir que:

- Mientras la justicia retributiva ve el crimen como una transgresión de la ley, la justicia restaurativa reconoce que el crimen daña a las víctimas, a las comunidades y a los mismos delincuentes.
- Mientras la justicia retributiva prima el papel del Estado y el infractor en el proceso judicial, la justicia restaurativa destaca el papel de las víctimas y las comunidades.
- Mientras la justicia retributiva mide cuanto castigo se merece el infractor, la justicia restaurativa mide cuantos daños son reparados.

No obstante, la justicia retributiva y la justicia restaurativa tienen puntos comunes. En concreto, la primera prevé dentro de su abanico de penas dos que tienen un carácter restaurativo: la restitución y el servicio a la comunidad.

La restitución, ya sea real o simbólica, supone un método de reparación del daño causado, sólo que, en este caso, no sería acordada entre las partes, sino ordenada por el juez. En cualquier caso, está demostrado que es una medida que aumenta la satisfacción de la víctima y está asociado a la reducción de la reincidencia, si bien su cumplimiento es más probable cuando es resultado de una mediación.

En el segundo de los casos, se debe identificar el daño producido a la sociedad, para aplicar como pena al ofensor la realización de determinados servicios a la comunidad relacionados con el delito, para repararlo. Se aplican estas medidas con un objetivo re socializador y reeducativo.

E) TEORÍA DEL CONFLICTO Y SU RESOLUCIÓN.

1. Antecedentes.

Si bien la reflexión sobre la guerra y la paz ha sido una preocupación clásica del pensamiento humano y, desde antiguo, pensadores vinculados a la problemática de la guerra y, más recientemente, a la problemática de las revoluciones y el conflicto laboral, han estudiado las manifestaciones del conflicto social, a partir de la década de 1950 comienzan a aparecer una serie específica de estudios y teorías centrados en el conflicto social, como fenómeno genérico, más allá de sus manifestaciones específicas. Se puede atribuir el inicio de esta corriente sociolizadora al libro de 1954 "The functions of Social Conflict", del norteamericano Lewis Cosser.

La aparición de la teoría del conflicto debe ser históricamente entendida a la luz de la bomba atómica (1945) y la transformación radical de la lógica del conflicto que ella trajo aparejada, a raíz de la posibilidad de exterminio de la especie humana.

2. Definición de conflicto.

Como en todo intento de aproximación a un concepto, siempre encontramos diversas definiciones, que aquí presentamos.

Etimológicamente, la palabra conflicto viene de los vocablos latinos *conflictus* y *confligere*, que significan *chocar*.

Si vamos al Diccionario de la Real Academia Española, encontraremos las siguientes acepciones del término conflicto:

- m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig.
- m. Enfrentamiento armado.
- m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida.
- m. Problema, cuestión, materia de discusión.
- m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.
- m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.

~ colectivo.

2. m. En las relaciones laborales, el que enfrenta a representantes de los trabajadores y a los empresarios.

Henry Pratt, en su *Diccionario de sociología*, define el conflicto como "un proceso – situación en el que dos o más seres o grupos humanos tratan activamente de frustrar sus respectivos propósitos, de impedir la satisfacción de sus intereses recíprocos, llegando a lesionar o a destrozar al adversario, pudiendo ser el conflicto organizado o no, transitorio

o permanente, físico, intelectual o hasta espiritual”⁴.

De forma general, podemos decir que un conflicto es una contraposición y confrontación de intereses, dándose los siguientes elementos:

- Más de un participante.
- Intereses opuestos.
- Sentir o percibir la oposición.
- Un objeto materia de la discordia.

3. Visión tradicional del conflicto.

Si preguntamos a un grupo de personas qué les sugiere la palabra conflicto, pronto aparecerán términos como *violencia, rabia, odio, problema*. Esto nos indica que la actitud y sentimientos que genera el conflicto son negativos, porque genera dolor, estrés, malas relaciones... En todas las utopías descritas en la literatura, la sociedad ideal es una sociedad sin conflictos, de pura cooperación, donde el conflicto es considerado como patología social, o, en todo caso, como síntoma de una patología social.

Esta actitud negativa sobre el conflicto, es el resultado de los mensajes que hemos recibido y asimilado de nuestros padres, amigos, medios de comunicación, la literatura, el cine, etc. y de nuestras propias experiencias. Todo esto nos influye y limita nuestra forma de afrontar el conflicto y de resolverlo.

4. Una nueva visión: la teoría del conflicto.

Los conflictos no son sólo aquellos que terminan en violencia o que vemos en los medios de comunicación. Con mayor o menor intensidad, están continuamente en todos los órdenes de la vida: en la familia, el trabajo, la escuela, etc. Así, hemos de aceptar la existencia del conflicto como una parte inevitable del funcionamiento social. Lo que marca la diferencia es la manera en que los resolvemos, no su existencia, que es inevitable.

La principal implicación de esta visión es el reconocimiento de la *funcionalidad* del conflicto. Con anterioridad, habían existido justificaciones morales del conflicto, como la guerra santa, el derecho a la rebelión, la lucha de clases, pero es ahora cuando el conflicto es visto como una relación social con funciones positivas para la sociedad, siempre que mantengamos bajo control sus potencialidades destructivas y desintegradoras.

La Teoría del Conflicto replantea la valoración negativa tradicional y considera al conflicto social como un mecanismo de innovación y cambio social. Es lo que, individual y socialmente, nos permite evolucionar, al intentar superar situaciones que han devenido insuficientes.

El conflicto tiene un potencial positivo en la forma de resolverlo. Así, de la

⁴Pratt Fairchild, H. (1987). *Diccionario de sociología*. México: Fondo de Cultura Económica.

confluencia entre la teoría del conflicto y la teoría de los juegos ha derivado una rica diversidad de soluciones: de suma cero (puro conflicto), de suma positiva (pura cooperación) y mixtos (de cooperación y conflicto).

En la vida real es prácticamente improbable que se presente una dinámica social que se comporte únicamente como conflicto puro o pura cooperación. Siempre existen aspectos abiertos a la negociación, tanto en las situaciones más conflictivas como en las más pacíficas. Pero lo que si existen, son mentalidades que ven los conflictos como de suma cero o de suma positiva. En el primer caso, el conflicto tiene una alta probabilidad de terminar en tragedia. En el segundo caso el conflicto tiene una alta probabilidad de terminar en explotación.

Sin embargo, los modos de resolución mixtos, si se conducen de forma apropiada, pueden ser benéficos. Hacen que los conflictos salgan a la superficie; estimulan la discusión; ayudan a que las personas aclaren sus puntos de vista; invitan a ser creativos y buscar nuevos enfoques; diferencian entre el conflicto y las personas implicadas; y ofrecen un esquema procedimental para la resolución pacífica y positiva del mismo. Éstos son los que abren el espacio a la mediación.

5. Estudiando los conflictos.

En la resolución de un conflicto, el tipo, las causas, el momento de desarrollo en que se encuentra y el modo de afrontamiento más adecuado, son aspectos cruciales, cuyo estudio nos ayudará a llevar a buen término la disputa.

5.1. Tipos de conflictos según la identidad de los protagonistas.

- Conflictos intrapersonales. Suceden dentro del propio individuo y hacen referencia a cuestiones como las prioridades, la ética, la utilización del tiempo, etc.
- Conflictos interpersonales. Suceden entre dos o más personas. Suponen una diferencia de intereses entre las partes respecto de la solución de un problema, causa del conflicto, cuyos tipos veremos más adelante.
- Conflictos intragrupal. Son los conflictos que surgen entre dos partes (individuos y/o subgrupos) que pertenecen al mismo grupo.
- Conflictos intergrupales. Suceden entre dos o más grupos. Las dificultades de este tipo de disputas son: la diversidad de necesidades, valores, intereses, etc. dentro de cada grupo; y que la mediación la lleva a cabo un representante, que recibe las presiones de su grupo y que tiene que consultar al mismo antes de comprometerse a cualquier avance en la solución o a la resolución definitiva.

5.2. Las causas del conflicto.

Frecuentemente, no hay una única causa sino un conjunto de varias, teniendo cada una un nivel de dificultad diferente. El número de causas concretas de un conflicto, es

decir, el problema que ha enfrentado a las partes, es infinito; pero se pueden categorizar en tres grandes tipos, que vamos a exponer de menor a mayor grado de dificultad.

a) Conflictos sobre recursos. Son los más fáciles de identificar y resolver, ya que el problema es visible y sencillo: dos o más partes quieren poseer o utilizar el mismo recurso, sin que haya cantidad suficiente para satisfacer a todos al mismo tiempo. En muchos casos, puede ser un detonante tras el que se esconden causas más profundas.

b) Conflictos sobre necesidades psicológicas. Son aquellos en los que las personas se ven privadas o ven afectadas ciertas necesidades superiores como la amistad, la pertenencia, la estabilidad económica, la promoción laboral, etc. Estas causas son mucho más difíciles de identificar y resolver, puesto que no son observables directamente. Así, la identificación del problema necesitará de una colaboración más intensa de las partes. Si conseguimos una solución superficial de la disputa, sin satisfacer las necesidades psicológicas, esta sólo será momentánea y el conflicto reaparecerá.

c) Conflictos que involucran valores. Estos, forman la base de nuestro sistema de creencias, de nuestra forma de entender, ver y actuar en la realidad. Al afectar a los seres humanos en su esencia, son los más difíciles de resolver. Erróneamente, a veces, pensamos que para resolver estos conflictos debemos ceder en nuestros valores y, de algún modo, dejar de ser nosotros mismos; pero no podemos cambiar tan fácilmente nuestras preferencias y tampoco es necesario, ya que el mero reconocimiento respetuoso de las diferentes visiones del mundo, suele ser suficiente para ayudar a mejorar la situación. Como en la anterior categoría, si un conflicto de este tipo es resuelto sólo en niveles más superficiales, la solución será momentánea y el problema reaparecerá.

5.3. El proceso del conflicto.

Cuando un conflicto se manifiesta abiertamente, debemos entender que ese momento es el reflejo de todo un período, de diferente duración, de gestación. Durante el mismo, las partes acumulan tensión y se configuran una determinada percepción del otro, de sus posibles acciones, de las propias, del equilibrio de poder existente,... tratan de hacer balance de la situación y un pronóstico probable del desarrollo.

Repasando la literatura al respecto y haciendo propósito de síntesis, podemos decir que hay cuatro grandes fases en la vida de un conflicto:

a) Etapa conflictual previa. Comienza por una sensación de malestar indicativa de algún aspecto disfuncional de la realidad presente, pero sin que este haya sido identificado. Fruto de esta situación, la tensión aumentará y comenzarán a darse conductas negativas. A partir de aquí, la tensión, las conductas negativas y el conocimiento de las causas aumentarán en intensidad y cantidad.

b) Etapa conflictual abierta. El conflicto estalla, las actitudes agresivas y la tensión son evidentes. Si no se han tomado en los previos, ahora es indispensable tomar medidas,

si queremos resolver de modo pacífico y racional el conflicto. Si no se actúa, habrá una escalada del conflicto (explicaremos esto un poco más adelante), que dificultará progresivamente su solución. Las partes exigen una solución.

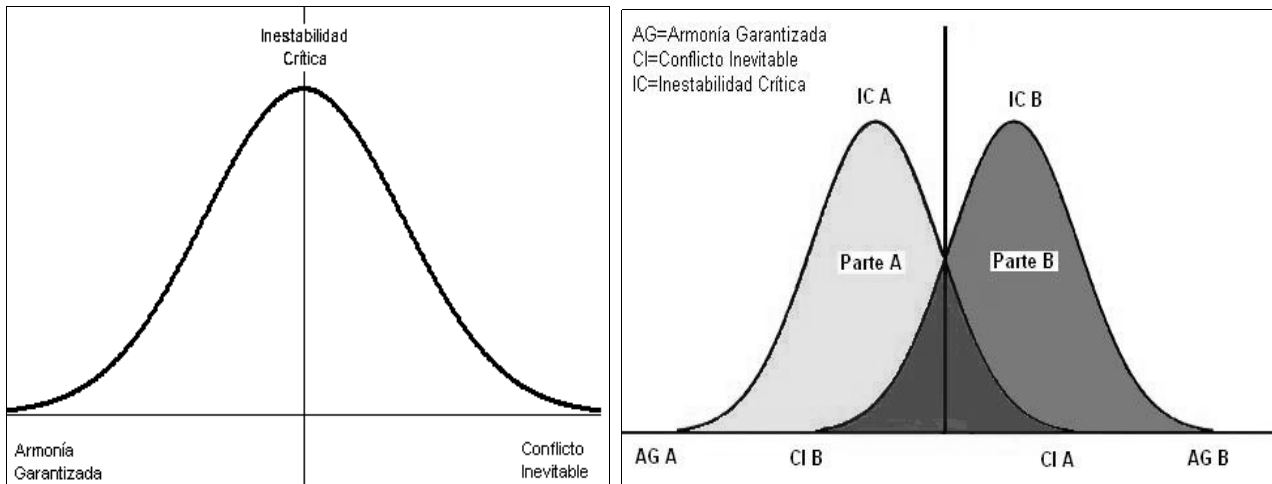
c) Etapa de resolución del conflicto. Es el momento de poner en marcha una solución. Depende del tipo de conflicto, el modo de toma de decisiones y del tipo de solución dada, el resultado será más o menos permanente y provocará o no nuevos conflictos.

5.4. Escalada y desescalada de un conflicto.

Durante el desarrollo de un conflicto, pueden suceder diferentes hechos que ayuden a relajar la tensión y a acercar posiciones, o a aumentar la tensión y a alejar a las partes. En el primer caso, hablamos de desescalada del conflicto, en el segundo de escalada del conflicto.

Para explicar este fenómeno, seguiremos la obra de Prudencio García (1975). Militar español interesado en la polemología, fundada por Bouthoul, se refiere exclusivamente a los conflictos bélicos en su libro *Ejército: presente y futuro. 1. Ejército, polemología y paz*, que, no obstante, escogemos como heredero del primer intento científico de investigación de la guerra como hecho social, siendo esto lo más apropiado a un ejercicio de tesis. Pues bien, divide García los hechos que pueden empujar el conflicto en un sentido u otro en dos categorías: hechos decisorios y hechos aleatorios. Los primeros son las acciones emprendidas de forma voluntaria y consciente por las partes. Los segundos provienen del contexto en el que sucede el conflicto y que son ajenos a la influencia de las partes.

Muestra de su espíritu objetivo e imparcial, se apoya García en la función gaussiana, utilizada frecuentemente en el cálculo de probabilidades de un suceso. Así, cada parte se representa como una curva gaussiana cuyos extremos representan el punto de *armonía garantizada* y el punto de *conflicto inevitable*, donde los factores anteriormente citados actúan ejerciendo empujes de la curva de cada parte en un sentido u otro. Así, conforme las decisiones de cada parte vayan en la dirección del aumento de la tensión (rechazo del diálogo, provocaciones, amenazas), la probabilidad del estallido será mayor, partiendo desde la Armonía Garantizada, pasando por el *Punto de Inestabilidad Crítica* (en el que las probabilidades de estallido se encuentran al 50%) y pudiendo llegar hasta el punto de Conflicto Inevitable. Lo novedoso de esta propuesta es que en este recorrido, la influencia de un factor aleatorio (crisis económica, fallos técnicos o humanos) es cada vez mayor, hasta el punto de que una acción decisoria ya no tendría capacidad de evitar el estallido.



5.5. Modos de afrontamiento del conflicto.

Todos los conflictos no son resolubles del mismo modo. Cada problema requiere de una forma distinta de afrontamiento y una técnica o método a utilizar. El tipo de afrontamiento que sea conveniente a una situación dependerá del valor que demos a la consecución de nuestros objetivos y a la relación con los demás. A continuación, presentamos la clasificación de Thomas (1976).

a) Evitación - negación. Se evita/niega el conflicto. Puede ser útil en cuestiones que no sean trascendentales para nuestros objetivos y no pongan en peligro la relación con la otra parte, o esta no nos es importante. El desacuerdo puede incrementar posteriormente por acumulación de diferencias que no han sido expresadas en su debido momento.

b) Competir - dominación. El resultado del conflicto es ganar o perder. Conseguir los objetivos es más importante que la relación entre las personas, y quien puede ejercer su posición para ello, lo hace.

c) Acomodación - concesión. La relación entre las personas es más importante que los objetivos. Por ello, se minimizan las diferencias y no se discuten los temas más sensibles, buscando acuerdos sobre los aspectos donde resulte más fácil.

d) Negociación - compromiso. Se busca una posición intermedia que proporcione cierta satisfacción a todos, aunque la solución no sea la óptima.

e) Colaboración - integración. Se enfrenta directamente el conflicto, con una actitud constructiva y de buena fe para encontrar una solución que satisfaga plenamente a todos. Hay un intercambio abierto de información, se estudian las diferencias y se trabaja con ellas para llegar a la mejor solución global. Cada persona está dispuesta a abandonar o modificar su posición, con el fin de llegar a la solución óptima.

+	<u>Competencia - dominación.</u> Se actúa para vencer a la otra parte.		<u>Colaboración – integración.</u> Se busca una solución real que integre los intereses de ambas partes.
		<u>Negociación – compromiso.</u> Acuerdo que satisface parcialmente sus intereses.	
	<u>Evitación – negación.</u> Se evita entrar en la dinámica del conflicto.		<u>Acomodación – concesión.</u> Ceder, minimizar diferencias para mantener la armonía temporalmente.
-	Cooperación / Relación		+

III. MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN PENAL

A) INTRODUCCIÓN.

Desde el principio de este trabajo, hemos enmarcado la mediación penal dentro del sistema judicial, como alternativa al modo tradicional de resolución de conflictos. En consecuencia, siempre la estamos entendiendo dentro de un marco legal, sujeta a derecho, para que pueda ofrecer todas las garantías jurídicas convenientes.

Y, si bien es cierto, que en nuestro ordenamiento jurídico no hay legislación integral específica referida a la mediación penal, hay ya documentos jurídicos al respecto de diferentes organizaciones supranacionales, que motivan, invitan, incluso obligan a una regulación nacional concreta.

Aquí, haremos una división en función de su carácter obligatorio o no.

B) LEGISLACIÓN NO VINCULANTE.

Son normas que han seguido un proceso formal similar al que se pueda seguir en nuestro país para la aprobación de una ley (en sentido amplio), pero que carecen de fuerza de ley. Su aprobación no obliga a ningún sujeto a ningún tipo de acción, pero si muestran la tendencia y deseos de instituciones políticas internacionales de gran peso.

1. Organización de las Naciones Unidas.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

A.-Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

[...]

Acceso a la justicia y trato justo

[...]

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

[...]

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

2. Consejo de Europa.

Desde esta institución se han elaborado numerosos documentos referentes al papel de las víctimas, reparación del daño, procesos extrajudiciales, etc. Hemos recogido aquí los que creemos más ligados directamente a la mediación penal:

- Recomendación (83)7, de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que pide a los Gobiernos de los Estados Miembros (EM) fomentar que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente (medida sustitutiva pena privativa de libertad).
- Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho Penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985, que recomienda a los Gobiernos de los EM examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.
- Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987, recomienda a los EM favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o en el local, de mediación entre el infractor y la víctima, y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la UE: Normas y medidas, de

14 de julio de 1999, afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal.

- Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en materia penal, establece unos principios que deben tener en cuenta los estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal.
- El Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999, declaró en el punto número 30 de sus conclusiones, que los estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos.
- Recomendación (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, en cuyo Anexo, que reemplaza a la recomendación 21, se ocupa detalladamente de las definiciones de víctima, victimización y victimización secundaria, de la asistencia, del papel de los servicios públicos, de los servicios de asistencia a las víctimas, del acceso efectivo a los recursos jurisdiccionales, de las indemnizaciones acordadas por el Estado, de los seguros públicos y privados, de la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, de la confidencialidad, de la selección y formación del personal de los servicios, de la mediación y de la coordinación y cooperación internacional.

Podemos observar que la trayectoria seguida ha sido claramente favorable al desarrollo de la mediación penal. Primero motivación para realizar ensayos tímidos a la espera de los resultados, para después apoyar firmemente este tipo de resolución de conflictos, instar a los EM a su implementación en sus sistemas jurídicos y, finalmente, entrando en el detalle de como debería hacerse esta. Recordemos, todo ello sin tener fuerza vinculante para ningún sujeto.

C) LEGISLACIÓN VINCULANTE.

1. Legislación de la Unión Europea.

Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, dispone en su artículo 10 que los Estados miembros "procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida"⁵ y "velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión

⁵Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.

de la mediación en las causas penales”⁶. Por su parte, el art. 17 dispone que los EM pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su art. 10, antes del 22 de marzo de 2006.

A pesar de su obligatoriedad y de las fechas estrictas dadas, lo cierto es que su formulación es fuertemente vaga. Al decir “procurarán”, gran parte de su fuerza vinculante se pierde y deja las puertas tan abiertas, que puede darse, y se da, que algunos estados hayan desarrollado toda una reglamentación concreta y específica en la materia, y otros, sólo hayan hecho referencia a la mediación en algún precepto, considerando que han *procurado* impulsar suficientemente la mediación.

2. Legislación española.

Esta parte la vamos a subdividir en cuatro partes. En las dos primeras, repasaremos la legislación actual en materia de mediación penal o que pueda estar ligada con la mediación penal en menores y adultos. Después veremos las posibilidades de mediación en el derecho procesal y penitenciario. Por último, prestaremos atención al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de febrero de 2.010, en tanto primer proyecto de ley español dedicado íntegramente a la mediación, que podría ver la luz en los próximos meses.

a) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

Teniendo como precedente y sustento material, diversas experiencias desarrolladas en algunas Comunidades Autónomas, su razón de ser es el artículo 19 del Código Penal, que establece fuera de su campo de acción a los menores de 18 años responsables de algún acto delictivo. En el caso en que un menor cometa un injusto, habrá de remitirse a la Ley específica para las personas en esta edad, la cual, desde su inicio, ya expone que es formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa, diferenciándose en esto de la ley penal retributiva.

Esta Ley tiene como principio rector el interés prioritario del menor, que no está determinado en el texto legal y, por tanto, queda a la valoración del juez, fiscal y equipo técnico, en cada caso.

Supuso la introducción, de pleno, de la justicia restauradora en la justicia de menores, insertando la conciliación y la reparación del daño como formas de solución de conflictos. Ambas formas quedan definidas en el art. 19.2 de la LORPM:

- Hay conciliación “cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas”⁷.

⁶Idem.

⁷Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

- Y hay reparación con “el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”⁸.

A ambas se llega tras un proceso de mediación. La conveniencia de su realización depende del Equipo Técnico (ET), aunque la iniciativa pueda asumirla el menor. En caso de ser considerada adecuada, el ET informa al Ministerio Fiscal, que autoriza o no el inicio del programa. En caso de autorización, el ET se constituye en mediador, se cesa provisionalmente la instrucción del expediente a la espera del informe del ET con los resultados de la mediación.

Esta ley, que tiene muy presente el principio de oportunidad penal, prevé, en atención al prioritario interés del menor, incluso la no incoación del expediente para casos de delitos sin violencia ni intimidación, o faltas. En base al mismo principio, puede considerarse que la vía judicial no sea la más idónea y que sea más conveniente resolver el conflicto a través de la conciliación y/o la reparación. Las consecuencias procesales que se derivan de esta opción son:

- El artículo 19 de la LORPM permite el sobreseimiento por conciliación o reparación para los delitos menos graves o faltas, a condición del efectivo cumplimiento de lo acordado por víctima y menor, bajo supervisión del Ministerio Fiscal.
- El artículo 53.1 admite que el Juez pueda dejar sin efecto la medida impuesta por haber llegado las partes a una conciliación, cualquiera que sea el momento en que se produzca.
- En cuanto al momento del proceso en que la mediación pueda ser utilizada, es evidente que en el periodo de instrucción tiene competencia exclusiva, pero no queda tan claro en ulteriores etapas del proceso judicial, aunque pueda darse conciliación o reparación en ellas.

b) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP).

No hay en España legislación específica que regula la mediación penal en adultos. Sin embargo, es aplicable en cierto sentido, sobre todo en cuanto a la reparación del daño a las víctimas, que, a su vez, produce ciertas consecuencias positivas para los ofensores.

La mediación puede realizarse en cualquier fase del proceso penal, pero sólo en los delitos que no puedan ser perseguidos de oficio (delitos privados), donde entra en juego el perdón del ofendido (art. 215, injurias). También los semiprivados: descubrimiento y revelación de secretos (art.191); agresiones, acoso o abusos sexuales (art.201), abandono de familia, menores o incapaces (art.228); delitos relativos al mercado y a los consumidores (art.287); delitos societarios (art.296); y las faltas.

⁸Idem.

La mediación realizada con anterioridad al enjuiciamiento del injusto se concreta legalmente en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima, prevista en el art. 21.5 CP⁹, con la intensidad (simple o cualificada) que el órgano jurisdiccional valore según el desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurran.

La mediación que se realiza en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad puede ser valorada en los siguientes supuestos:

- Suspensión de ejecución de pena privativa de libertad (arts. 81.3ª) en caso de conciliación, respecto a la satisfacción de la responsabilidad civil.
- Para la sustitución de la pena de prisión (art. 88) por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, se debe demostrar haber hecho un importante esfuerzo por reparar el daño causado.
- El art. 91.2 CP contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de la libertad condicional.
- Según el art 4.4. CP, la mediación puede ser valorada positivamente en orden a una eventual concesión de indulto.
- Cuando la víctima no quiera participar en la mediación, o la interrumpa por voluntad suya, el Magistrado podrá valorar la voluntad del infractor y las actuaciones realizadas en orden a reparar el daño, para su aplicación penológica.

c) Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (LECrIm).

En coherencia con el principio de oportunidad, ya descrito en este trabajo, el art. 106 de la LECrIm establece que:

La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan¹⁰.

d) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOPG).

Se establece en su art. 72.5 y 6, que para la progresión al tercer grado (sin el que es imposible acceder a la libertad condicional), se requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

Por otra parte, que el condenado asuma su responsabilidad en el delito viene siendo un criterio utilizado en la concesión de permisos, ya que se entiende como síntoma de

⁹Artículo 21.5 del vigente Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre): la reparación del daño: "Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del Juicio Oral".

¹⁰Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (LECrIm).

buen progreso hacia la reinserción.

e) Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 19 de febrero de 2.010¹¹.

Ley todavía en fase de creación y trámite, posee la ventaja de ser la primera dedicada por entero y en específico a la mediación. Es por ello que la incluimos en este estudio del marco legal de la mediación penal, aunque ésta se quede fuera de su acción y aunque todavía no sea vinculante.

Haremos un resumen de los puntos más destacados, que puedan servirnos para la exposición de las conclusiones finales de este trabajo.

JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS.

- Se trata de una ley nacional, en coherencia con la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil (art. 149.1.6º y 8º), y con las obligaciones contraídas con la legislación europea, que apuesta por la mediación como complemento al sistema judicial en la resolución de conflictos, para dotarlo de mayor eficacia.
- En ella, se recoge los mínimos de validez para el acuerdo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sin perjuicio de lo que corresponda desarrollar a las Comunidades Autónomas. Se excluye expresamente, entre otros, el ámbito penal.

SOBRE LA MEDIACIÓN.

- La mediación podrá tener lugar antes o después del inicio del proceso, a instancia de ambas partes, o de una y la aceptación de la otra, formulada ante las instituciones de mediación o, en su defecto, ante el mediador. La Ley exige, entre otros motivos para impulsar su utilización, el inicio de la mediación en determinados casos, como requisito previo a los tribunales, o cuando esté previsto en acuerdo previo por las partes. En ningún caso las partes están obligadas a terminarlo. Los tribunales pueden recomendar a las partes que se informen de la posibilidad de resolver su controversia a través de la mediación.
- Las partes podrán acordar, en todo o en parte, la utilización de medios electrónicos, siempre que se garantice la identidad de los intervinientes y el respeto a esta ley. Estos medios serán obligatorios en las reclamaciones dinerarias de menos de 300 €, salvo que su empleo resulte imposible para alguna de las partes.
- Se determina el proceso que debe seguir la mediación, respecto a su justificación documental. Todos estos documentos deberán ser firmados por las partes y el mediador, de los que cada uno tendrá una copia. Sobre el ritmo y contenidos de la mediación sólo deciden las partes, dentro de los límites que marca la ley.
 - La mediación comenzará con el acta inicial, firmada por las partes y el mediador,

¹¹<http://www.mjusticia.es>

donde debe aparecer: Identificación del mediador y de las partes; objeto del conflicto; programa de actuaciones y duración máxima prevista; coste total de la mediación o las bases para su determinación; declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación.

- La duración será lo más breve posible y en el mínimo número de sesiones. Como máximo, dos meses a partir de la firma del acta inicial, prorrogables excepcionalmente y de común acuerdo de las partes, por un mes más.
- De cada sesión, el mediador levantará acta que refleje: duración, referencia al asunto tratado, participantes, fecha y lugar de celebración. Con ellas y lo que no haya que devolverse a las partes, el mediador formará un expediente.

SOBRE EL MEDIADOR.

- Los requisitos para ser mediador son: poseer el título universitario de Grado, estar inscrito en el registro creado a tal efecto por el Ministerio de Justicia y tener un seguro de responsabilidad civil.
- El Registro público de mediadores y de instituciones de mediación (integrado con los que puedan crear las CC.AA), incluirá la siguiente información relativa al mediador: experiencia y formación; pertenencia o no a institución de mediación; tipo de mediación que lleve a cabo; y seguro de responsabilidad civil exigido. Sólo quien esté registrado será considerado mediador a efectos de esta Ley.
- Respecto a la confidencialidad, es obligada excepto: por acuerdo de las partes; previa autorización judicial, por ser necesario al bien público o a la protección de la integridad física o psicológica de una persona; por ser necesario para el cumplimiento de lo pactado; y cuando así lo establezca la legislación procesal.
- El mediador debe comunicar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, a saber: relación personal o empresarial con una de las partes; interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; haber actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos, el mediador podrá aceptar la mediación, con el consentimiento expreso de las partes.
- El mediador de un conflicto será designado por mutuo acuerdo de las partes, y, si no es posible, lo hará la institución de mediación a la que pertenezca.
- Las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación continuada de los mediadores para mejorar la calidad del servicio.

SOBRE LAS PARTES.

- Durante el tiempo que se desarrolle la mediación y, en relación con su objeto, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial, y

deberán prestar colaboración y apoyo a la actuación del mediador.

SOBRE EL COSTE DE LA MEDIACIÓN.

- Con independencia del resultado, recaerá de manera proporcional sobre las partes, salvo pacto en contrario entre ellas. Se les podrá exigir la provisión de fondos que necesaria para atender el coste de la mediación.
- En caso de que, tras la mediación, se permita un ulterior proceso con idéntico objeto, la posible condena en costas incluirá el coste de la mediación.
- En los casos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. Y la participación conjunta de más de un mediador en una sesión no podrá suponer aumento de su coste.

SOBRE EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU CUMPLIMIENTO.

- El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o no: por decisión de las partes; por haber transcurrido el plazo máximo legal; por decisión del mediador, considerando las posiciones irreconciliables u otra causa justificada.
- El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias y tendrá fuerza de cosa juzgada, igual que una sentencia. En él deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume, mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Se redactará por las partes o sus representantes y deberá firmarse por todas ellas y se presentará al mediador en el plazo máximo de diez días desde la firma del acta final, para que compruebe su adecuación a lo pactado y su conformidad con el ordenamiento jurídico, procediendo, en su caso, a su firma en presencia de las partes o sus representantes. No podrán homologarse judicialmente ni ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho.
- La supervisión de la ejecución efectiva de los acuerdos de mediación realizados durante un proceso judicial, corresponde al tribunal que homologó el acuerdo.
- En los acuerdos de mediación formalizados fuera de una proceso judicial, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar de la firma del acuerdo.

Finalmente, hace referencia a las modificaciones que será necesario hacer tanto en Código Civil, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**IV. EXPERIENCIA LEGISLATIVA Y PRÁCTICA EN BÉLGICA, FRANCIA,
LUXEMBURGO Y ALEMANIA.**

A) INTRODUCCIÓN.

El *Centre de Médiación a.s.b.l.*, es una organización sin ánimo de lucro creada en 1.998 en la ciudad de Luxemburgo. Ha sido sostenida económicamente desde su inicio por el Ministerio de la Familia, de la Solidaridad Social y de la Juventud, teniendo acuerdos con la administración pública luxemburguesa para la realización de las mediaciones de los casos que le sean derivados por los tribunales penales, entre otras actividades. Una de ellas es la realización de investigaciones sobre la mediación, y la publicación y divulgación de las mismas. Así, se publica en el año 2.004 el libro *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*, escrito por el jurista del centro, Paul Schroeder.

Hace el autor un estudio comparado de la legislación de Luxemburgo y sus países limítrofes, Francia, Alemania y Bélgica, e intenta conectarlo con la práctica de la mediación que se da en Luxemburgo y en los partidos judiciales más cercanos de estos países fronterizos.

Tomamos como base este estudio, que intentamos sintetizar, actualizar y completar con nuevas informaciones recogidas de primera mano en el centro. No queremos comenzar sin advertir que, si bien lo referente a la legislación podemos considerarlo como válido, lo que está referido a la práctica, hay que tomarlo con distancia. Se trata de la experiencia de una pequeña parte del sistema judicial de cada país, que estadísticamente puede no ser representativo de la realidad del país.

No obstante, la recogemos aquí por dos motivos. Primero, aunque un partido judicial no pueda ser representativo de la realidad de un país, el que las experiencias sean coincidentes entre los diversos partidos, pertenecientes a diversos países, sí nos puede indicar una tendencia. Y esto, en segundo lugar, es lo que resulta útil a nuestro trabajo: aprendiendo de la experiencia de otros, poder hacer una legislación mejor definida y más completa.

B) FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y JURÍDICA.

En Alemania, la mediación está legalmente inserta en el derecho procesal penal, donde se da al juzgado la posibilidad de renunciar a perseguir el delito, cuando el hecho es leve y/o no hay interés público. De esta norma, se ha deducido que un acuerdo con reparación del daño, sería suficiente. Pero una parte de la doctrina criticó esta interpretación, ya que entendían que no correspondía a la voluntad del legislador.

Así, se intentó dar una base legal más sólida a la mediación en 1.994 con una ley que modificaba el código penal, la ley procesal penal y otras leyes. Esta iniciativa buscaba

mejorar la lucha contra la delincuencia, priorizar las necesidades de las víctimas, simplificar los procesos penales y dar una base legal a las prácticas de mediación que ya se estaban desarrollando. En ella, se alude a la reparación, la reconciliación y expresamente a la mediación. Métodos que, si cumplen su objetivo, pueden producir una reducción o la renuncia a imponer una pena, en los casos menos graves (penados con menos de 1 año de prisión).

En cualquier caso, esta reforma se consideró incompleta, principalmente por la ausencia de reglas procesales, dando lugar a la ley de 20 de noviembre de 1.999, que está dedicada en exclusiva a la inserción de la mediación en el proceso penal¹². Así, ésta prevé expresamente la mediación como uno de los métodos posibles para resolver un conflicto. Además, indica que el juez debe comprobar en cada etapa del proceso judicial, si una mediación es viable, con el consentimiento expreso de la víctima. En este caso, los tribunales pueden confiar la mediación a servicios especializados, con las convenientes medidas de protección de datos.

En Bélgica, la mediación fue introducida en el Código de instrucción criminal, en su art. 216, donde se dice que el Procurador del Rey puede convocar al ofensor y proponerle, entre otras acciones, una mediación con la víctima, con objeto de fijar el modo de reparación. A cambio, se extinguirá la acción pública.¹³

La intención de esta ley era asegurar una reacción social, al tiempo que se atiende las necesidades de las víctimas; devolver la sensación de seguridad a los ciudadanos, al tiempo que se da una seria advertencia a los ofensores, evitando que se establezca una sensación de impunidad.

La legislación belga plantea un problema terminológico, ya que por una parte utiliza la mediación para designar un grupo de medidas (trabajos en beneficio de la comunidad, reparación, recibir una formación, etc.) aplicables, de las que sólo una es realmente mediación.

En Francia, la institucionalización de la mediación ha ido de la práctica profesional a la legislación. Así, la mediación ya estaba bien establecida, cuando se introdujo formalmente con la reforma del código procesal penal de 1.993¹⁴. Tanto, que su financiación ya estaba regulada por un decreto de 1.992 (cita 81) y la reforma del mismo de 2.001¹⁵.

¹²Bundesgesetzblatt Jahrgang 1999 Teil I Nr. 57, 27 de diciembre de 1999, p.241, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

¹³Moniteur belge, 27 de abril de 1994, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

¹⁴Journal Officiel deu 5 de enero de 1993, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

¹⁵Décret n° 2001-71 de 29 de enero de 2001, en Journal Officiel de 30 de enero de 2001, p. 1595, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

Allí se dice, que el Procurador de la República puede, antes de comenzar la acción pública, recurrir a la mediación, bajo las siguientes condiciones: acuerdo de las partes; garantía de reparación a la víctima; resolución del problema; contribución a la reinserción del ofensor.

Algo más tarde, al hilo de una evaluación sobre el funcionamiento de la mediación penal, se observó que había prácticas muy diversas de un distrito a otro. Para aclarar dudas terminológicas e intentar unificar criterios, se reforma en 1.999 el código de procedimiento penal¹⁶, listando, ahora de forma expresa, una a una todas las medidas alternativas a disposición de los jueces, entre ellas la mediación, bajo la mismas condiciones y con los mismos efectos establecidos en 1.993.

En Luxemburgo, se insertó la mediación dentro de una ley para reforzar la eficacia del proceso penal de 1.999¹⁷. Con una redacción casi idéntica de la francesa, busca aligerar la carga de trabajo de los tribunales en cuanto a la pequeña y mediana delincuencia.

Allí, se define la mediación por su objetivo: buscar libremente una solución alternativa a la respuesta represiva, para un conflicto entre diferentes partes, con ayuda de un tercero. Las ventajas que presenta son: celeridad y flexibilidad en el proceso.

Se excluye del ámbito de la mediación los casos de violencia doméstica por la posición dominante que se supone al ofensor.

C) ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS NORMAS Y LA PRÁCTICA.

1. Definición de la mediación penal.

El Consejo de Europa define la mediación como "todo proceso que permita a la víctima y al delincuente participar activamente, si ellos lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)"¹⁸.

Esta definición permite recoger diversas prácticas, que han de tener por objetivo la reparación del daño causado. La mediación podría ser en ese caso, directa o indirecta. Nada dice de la condición profesional o no del mediador, o del marco institucional donde debe desarrollarse. Lo fundamental es que haya un mediador imparcial y la participación voluntaria de las partes.

¹⁶Loi n° 99-515 de 23 de junio de 1999, en Journal Officiel de 24 de junio de 1999, p. 9247, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

¹⁷Mémorial A, n° 67, 11 de junio de 1999, p. 1440, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

¹⁸Conseil de l'Europe, *Médiation en matière pénale, recommandation n° R(99)19 et exposé de motifs*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, p. 23, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

La legislación alemana no hace referencia explícita a la mediación ni a la intervención de un tercero imparcial, por lo que la asistencia de un mediador no es obligatoria teóricamente, si bien, en la práctica, los magistrados encargan la tarea a servicios de mediación.

En Bélgica, la legislación define la mediación como un proceso de comunicación, en el que víctima y autor son llevados a negociar un acuerdo, a través de un encuentro directo o no, por la intermediación del auxiliar de justicia, que hace las veces de mediador. La reparación es condición obligatoria, pero la forma que revista (trabajo en beneficio de la víctima, indemnización económica, etc.) es decidida por las partes, de común acuerdo.

Para la justicia francesa "la mediación consiste en buscar, gracias a la intervención de un tercero, una solución libremente negociada entre las partes a un conflicto nacido de una infracción"¹⁹.

Finalmente, la ley luxemburguesa se inspira, otra vez, en la legislación francesa al decir que "la mediación se define por una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción, gracias a la intervención de una tercera persona"²⁰.

En suma, a pesar de la diversidad todas las definiciones tienen puntos en común. El primero, es la asistencia de un tercero imparcial; pero también suponemos imparciales al juez o al arbitro. El segundo, es que el objetivo de la mediación es resolver los problemas o conflictos derivados de un injusto penal; pero también lo es del arbitraje o de un juicio, aunque utilicemos otra terminología. Ahora bien, lo que sí es específico de la mediación, es la libre elección de este método y la necesidad de implicación activa de las partes, debiendo ellas acordar la solución al conflicto.

Otras características de la mediación son la confidencialidad, la reparación, o el restablecimiento de los lazos sociales. Sin embargo, es llamativo que ninguna definición nombre el papel de la comunidad en el proceso, a pesar de que sea parte esencial de la justicia restaurativa.

2. El consentimiento de las partes.

En los cuatro países objeto de estudio, en uno u otro modo, el libre consentimiento de las partes es condición exigida. Lo que no deja claro ninguna legislación es quién y cuando va a recoger el consentimiento. Podría hacerlo el juez u otros profesionales del Juzgado, o el mediador.

Hemos de señalar que el mediador no juzga. Por esto y por disponer de más tiempo,

¹⁹Circulaire ministérielle de 2 de octubre de 1992, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

²⁰Doc. Parl., nº 4532, Rapport de la Comisión Jurídique, en Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.

podrá establecer una comunicación más cercana para escuchar a las partes y explicar el proceso y sus reglas, asegurándose de que el consentimiento es real y consciente.

3. La confidencialidad.

En principio, si la mediación se desenvuelve con éxito y se llega a un acuerdo, sólo queda comprobar que este sea legal, para poder cerrar el proceso.

Ahora bien, si no hay acuerdo, el caso deberá ser enviado nuevamente al tribunal correspondiente, para que continúe su curso. El juez podría encontrar muy útil en este momento saber como se ha desarrollado la mediación, la actitud, el esfuerzo hecho por cada parte, etc. Pero todas las legislaciones estudiadas obligan a la confidencialidad de las sesiones, como base de credibilidad y de confianza en la mediación, para que las partes estén seguras de que nada de lo que digan será utilizado en fases posteriores del proceso judicial, en caso de fracaso de la mediación.

Más controvertida es el de la obligación de informar a la justicia de un delito conocido durante una mediación. La única legislación clara es la belga, que establece la obligación de los mediadores a informar, ya que, en Bélgica, los encargados de realizar los procesos de mediación son auxiliares de justicia del propio Juzgado.

4. El momento de derivación a la mediación.

Mientras en Alemania, la mediación puede comenzar antes y después de la decisión de acción pública por parte de la justicia, en Francia y Luxemburgo, esta sólo puede tener lugar previamente a la decisión. Igualmente en Bélgica, con la salvedad de que algunos casos no pueden ser resueltos en mediación: aquellos en los que el tribunal ya haya tomado parte por lo civil y cuando le sea requerido al juez. Por otro lado, en Bélgica, aunque no esté previsto en ninguna ley, hay programas de mediación entre condenado y víctima, con el objetivo de restablecer la paz y los lazos en la comunidad.

En cualquier caso, el desarrollo de la mediación comunitaria y escolar serviría para prevenir conflictos, resolviéndose muchos de ellos antes de llegar al Juzgado. La falta de esta alternativa, hace que los ciudadanos se giren hacia la policía o la justicia. También se debe valorar la posibilidad de que la policía tenga los medios y profesionales adecuados para proceder a realizar una mediación, sin necesidad de llegar al Juzgado.

5. Criterios legales de derivación.

Teóricamente, tanto en Alemania, como en Francia y en Luxemburgo, no existe ninguna limitación en cuanto al tipo de casos que sean mediables. Excepto en Luxemburgo, donde quedan excluidos los casos de violencia doméstica.

Bélgica pone un límite en base a la gravedad del delito. Así, pueden ser mediados

todos los delitos, excepto aquellos que el Procurador del Rey crea merecedores de una pena de dos años de prisión o más.

En todo caso, más allá de las disposiciones legales, la práctica de los magistrados nos señala que los delitos enviados a la mediación, son los delitos menos graves. En concreto, los que más frecuentemente han sido derivados, son los casos de golpes o heridas leves, destrucción o degradación de objetos, injurias y difamación. Llama la atención que no se incluyan aquí los problemas de vecindario, que, por el contrario, sí forman parte de los problemas que los jueces sienten como apropiados para la mediación²¹.

6. Independencia de las instancias de mediación.

En Alemania, las mediaciones son encargadas, mayoritariamente, a asociaciones independientes del sistema judicial.

En Bélgica, es el mismo sistema judicial quien, a través de los auxiliares de justicia y bajo la supervisión directa del Procurador del Rey, efectúa las mediaciones.

En Francia, una mayor independencia es asegurada cuando la misión es encargada a una asociación; pero, cuando el encargo es hecho a una persona física, ésta trabaja bajo la autoridad directa de un magistrado y, por tanto, su autonomía es más precaria.

En Luxemburgo, como en Francia, el encargo de mediar puede ser hecho a personas físicas y jurídicas. El único problema que surgió, fue el de la incompatibilidad de ciertas funciones judiciales con la de mediador, que se resolvió autorizando a toda persona a ser mediador. Eso sí, el juez que sea mediador en un conflicto, no podrá luego juez del mismo.

En general, podemos decir que gozan de mayor independencia las asociaciones que las personas físicas; pero las asociaciones son dependientes del sistema de justicia, en cuanto "proveedor de casos" y del Estado, en cuanto financiador.

7. Garantías fundamentales.

En tanto proceso extrajudicial, la mediación saca el conflicto fuera del marco de garantías jurídicas del proceso penal. Estas son, entre otras: la presunción de inocencia, derecho a un juicio justo en un periodo de tiempo razonable, o estar asistido por un abogado. No debe de extrañarnos, por tanto, el recelo de numerosos juristas.

El respeto a estas garantías reposa, en primer lugar, sobre la adecuada información a las partes, sobre la mediación y otros medios de solución de conflictos. De seguido, sobre su libre elección inicial y durante el desarrollo del proceso, ya que en todo momento

²¹ Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l., págs. 76-127.

pueden renunciar a ella y continuar con el proceso judicial. No obstante, todos los países de este estudio han puesto en práctica dos soluciones.

La primera es el derecho de las partes a ser asesorado por un abogado. Éste, puede acompañar a su cliente en las sesiones de mediación y asesorarle en todo momento, pero no puede utilizar la mediación para litigar. Es una medida recomendable, ya que puede borrar cierto miedo a la indefensión tanto en las partes, como en los abogados.

En los cuatro países, el mediador debe informar siempre de este derecho a las partes, para hacerse asistir por sus abogados o, en caso de no disponer de medios, por uno de "oficio". En Bélgica, el abogado puede asistir, incluso representar a la víctima; no así el ofensor, que puede ser aconsejado, pero no representado. En Luxemburgo, además de los abogados de las partes, el Centro de Mediación dispone de un jurista, neutral, sin interés en el conflicto, que puede intervenir en las sesiones de mediación para responder dudas y aclarar conceptos, que puedan escapar a las partes.

La segunda solución necesaria es la asistencia de interpretes-traductores. Sólo está previsto legalmente en Bélgica (nota 132). Sin embargo, en Alemania es considerado como un elemento necesario (nota 128) y en Luxemburgo queda a la responsabilidad del mediador, disponiendo de mayores facilidades para conseguirlo el Centro de Mediación. En Francia, la ley no dice nada al respecto.

8. Plazo de realización de la mediación.

La ley belga y la alemana no establecen ningún plazo. Sin embargo, es claro que si la mediación se desarrolla en paralelo al proceso judicial, aquella deberá terminar antes de la audiencia, para que pueda ser tomada en cuenta.

La legislación francesa establece un plazo de uno a seis meses, prorrogable, bajo circunstancias excepcionales. Si a esto, unimos que los servicios de mediación son pagados según la duración de esta, podemos entender que se produzcan conflictos entre la administración de justicia, que querrá una mediación lo más rápida posible, y los servicios de mediación que verán este deseo como una injerencia en su trabajo. Incluso podrían alargar los procesos de manera interesada para obtener mayores beneficios.

La ley luxemburguesa es muy precisa. La primera sesión de mediación será, como máximo, tres meses después de la recepción del caso por parte del mediador. Éste debe informar de los resultados en un plazo máximo de ocho meses desde la recepción. El Procurador del Estado puede prorrogar este plazo, bajo circunstancias excepcionales y también encargar al mediador la comprobación del cumplimiento de los acuerdos, para lo que tendrá seis meses desde el encargo.

9. Consecuencias procesales de la mediación.

Por razones de seguridad jurídica, se ha de poner en conocimiento de las partes las consecuencias de la mediación para el proceso penal, especialmente cuando se ha llegado a un acuerdo.

En Alemania, cuando la justicia ha decidido no perseguir el delito en base al resultado de la mediación, éste será clasificado. Si la mediación se produce en paralelo al proceso judicial y termina en acuerdo, puede dar lugar a la finalización del proceso, o a que sea tomada en cuenta para la determinación de la pena.

En Bélgica, la ley dice claramente que si el autor satisface todas las condiciones fijadas en el acuerdo de mediación, la acción pública se extingue. Se diferencia de la clasificación, en cuanto que esta permite, bajo ciertas condiciones, retomar el caso para continuar el proceso.

Tanto en Luxemburgo como en Francia, no hay legislación. En la práctica, si la mediación alcanza su objetivo, el Procurador procede a la clasificación del caso, aunque siempre puede decidir llevar el proceso judicial adelante, a pesar del acuerdo de mediación, si tuviera conocimiento de nuevos hechos que así lo aconsejaran.

En caso de no llegar a un acuerdo, el tribunal continuará el proceso judicial. En Alemania, podría clasificarse el delito, en cuanto el juez puede considerar suficiente, que el ofensor haya intentado seriamente llegar a un acuerdo.

10. El reconocimiento de los hechos.

Alemania, Francia y Luxemburgo, sin haberlo explicitado en la ley, siguen las líneas del Consejo de Europa.

Debiendo salir de la lógica penal de la atribución de culpabilidad, la mediación prefiere exigir el reconocimiento de los hechos por las dos partes y centrarse en el conflicto, ya que se hace difícil pensar en una mediación donde el ofensor no reconozca su responsabilidad. Este reconocimiento no tiene por qué traducirse en una confesión expresa. Se puede deducir de su voluntad de participar en la mediación, ya que, si se considerara inocente, renunciaría a la mediación para defenderse en un proceso judicial.

Mucho más categórico es el tratamiento dado a este aspecto en Bélgica, donde es responsabilidad del magistrado que el expediente del caso esté completo, incluyendo la confesión del autor.

11. El informe de mediación.

Formalmente regulada en todos los países excepto en Alemania, la cuestión del informe de mediación no plantea demasiados problemas cuando hay un acuerdo. En este caso, el informe expondrá los compromisos alcanzados, los plazos de ejecución, etc.

La tarea difícil de ajustar es la del informe sin acuerdo. Haciéndose en cada país de un modo distinto, se insiste en todos en la objetividad obligada del mediador. En todo caso, el informe debe reflejar la causa del fracaso: abandono, falta de colaboración, incumplimiento de las normas, etc. Aún guardando el mediador una objetividad impecable, tales detalles pueden influir en decisiones ulteriores del juez.

En Luxemburgo, en caso de no llegar a un acuerdo, el informe que llegará a los juzgados, sólo reflejará este hecho, sin explicación de las causas u otros extremos.

12. Cualificación y formación de los mediadores.

Si algo caracteriza a este punto, es la vaguedad. Ninguna ley define la formación necesaria para ser considerado mediador. Sólo se habla de cualidades generales de competencia, independencia, imparcialidad, etc. No obstante, la práctica nos demuestra que el mediador posee siempre una formación universitaria y algún tipo de formación específica sobre la mediación. Pero ninguna exigencia hay al respecto, excepto la implícita de los auxiliares de justicia en Bélgica, que tienen siempre una formación de base de trabajadores sociales.

Normalmente, los mediadores tienen una formación de base relacionada con una o varias de las siguientes ramas: trabajo social, derecho, pedagogía o psicología. Además, una formación específica sobre la teoría del conflicto, victimología, técnicas de comunicación y proceso de mediación; junto con complementos que subsanen las posibles carencias en alguna de las ramas anteriores.

13. La designación de los mediadores.

En Alemania no existe ningún proceso de habilitación. Las autoridades judiciales convenían directamente con instancias de mediación el modo de colaboración.

En el otro extremo, en Bélgica, esta cuestión es del todo superflua, ya que son los auxiliares de justicia quienes hacen las veces de mediador.

En Francia y Luxemburgo, una vez más, el proceso es similar. Toda persona física o jurídica que quiera estar reconocido como mediadora, debe estar habilitado por la administración de justicia. Para ello, debe solicitarlo ante la autoridad competente, demostrando cumplir con los requisitos de formación, competencia, imparcialidad e independencia; pudiendo darse, igualmente, el proceso inverso cuando se deje de cumplir con estas condiciones.

14. Financiación de las mediaciones.

De un modo directo o indirecto, la financiación de las mediaciones recae sobre el erario público. En Alemania, sin regulación, las asociaciones ofrecen el servicio de

mediación entre otros, siendo, generalmente, subvencionadas por la administración pública, aunque puedan tener otros ingresos. En Bélgica, la mediación es llevada a cabo por funcionarios públicos.

En Francia y Luxemburgo hay un precio fijado por ley. En Francia, éste depende de la franja de duración de la mediación: menos de un mes (76,22 €); entre uno y tres meses (152,44 €); y más de tres meses (304,89 €). Y en Luxemburgo, el mediador recibe un pago por horas (en 2.010 45 €/hora aprox.).

V. CONCLUSIONES FINALES

A) LA MEDIACIÓN COMO MODO DE REALIZAR LA JUSTICIA.

Haciendo recuento de lo dicho hasta ahora, vemos que, lo que en apariencia podía parecer un concepto objetivo, la justicia, se ha proyectado a lo largo de la historia en diversos ideales. No obstante, podemos resaltar los elementos claves, a veces convergentes, a veces complementarios, de cada propuesta, para determinar los ingredientes que deba tener aquella acción o persona que quiera ser llamada justa.

Se hace evidente que la justicia hace referencia a cierta situación de orden en las cosas, de cierto equilibrio social, donde reina la armonía. Esta, no supone un absoluto uniformismo, sino que acepta las desigualdades, siempre que cada cual tenga lo suyo, lo que le es debido en tanto que persona. Cuantos más miembros de la sociedad consideren útil (que les satisface, al menos en sus necesidades básicas) lo que tienen, más estable será el equilibrio de la balanza de la justicia.

En la vida en sociedad, los hombres provocan continuamente desequilibrios, es decir, cometen injustos; y, si bien hay cosas que se consideran injustas en todo momento y lugar, lo cierto es que la definición de aquello que sea injusto varía de una sociedad a otra y de un tiempo a otro, siendo válida sólo por cierto tiempo y lugar. Ante esta situación, la justicia exige una reordenación. Las consecuencias de esta necesidad serán medidas con ayuda de la equidad, para no provocar mayor desorden, y deben recaer forzosamente sobre quien la provocó.

Por otra parte, la Justicia es un concepto únicamente aplicable al ser humano, pero a todos los seres humanos. Esto supone que la justicia siempre se da en un contexto de alteridad, y que todo hombre es capaz y está llamado a cumplir con la justicia, en tanto ser racional, capaz de discernir lo justo de lo injusto y, por tanto, de saber cual es el correcto actuar respecto a los demás, haciendo compatible su legítima libertad de acción con la de los demás.

En nuestra época y desde antiguo, los ciudadanos se han sometido al poder público como encargado de determinar lo que es justo y de reaccionar cuando un injusto sea cometido, olvidando dos cosas:

- No todas las leyes producidas por un ente público son justas. Tampoco la aplicación de la equidad es siempre acertada.
- Todos los hombres son llamados a ser justos y son capaces de serlo, gracias a la razón.
- Los hombres, pueden establecer lo que es justo para ellos en un pacto, dando lugar a derechos exigibles y quedando obligados a cumplirlo, siempre que su contenido sea legal.

La mediación penal parte de una situación de desequilibrio producido por la comisión de un injusto, con el objetivo de restablecer el orden social y es más efectiva en ello que la imposición de una pena, ya que esta castiga al ofensor, pero no repara los daños producidos ni las relaciones. En cambio, este es el objetivo capital de la mediación penal.

Por otra parte, la mediación penal permite aplicar la equidad con mayor libertad, al tiempo que siempre se mantiene dentro de la legalidad, como único marco válido para la exigibilidad del acuerdo de mediación.

Cumple la mediación, evidentemente, con la condición de alteridad, encontrándose las partes en condiciones de igualdad de oportunidades. Así, estas son llamadas, en virtud de su natural capacidad para la justicia, a reconocer y a dar cada uno lo que le corresponde al otro, lo suyo. Esto, lo debido, estará siempre dentro de la legalidad, pero no será tanto lo que se acomode a la ley, como lo que a las partes sea útil, lo que les satisface, lo que consideran que es justo dar y recibir.

B) LA MEDIACIÓN PENAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO NATURAL.

Tomando en cuenta, por un lado, todo lo relatado hasta el momento sobre el derecho natural y su situación actual; y, por el otro, en general, la mediación como método de resolución de conflictos, y, en particular, la mediación penal como método de resolución de conflictos penales, expongo:

Podemos definir el Derecho Natural como el conjunto de principios que todo hombre lleva consigo y que le llevan a identificar las expresiones de la justicia en un momento histórico determinado. La idea de la existencia de este derecho sigue al hombre en el curso de la historia, pero cambiando en consonancia con las necesidades humanas.

Así, lo que es justo, cambia a lo largo del tiempo, pero siempre es posible deducirlo en su aplicación a las situaciones concretas, a partir de los principios naturales de lo justo y lo injusto, que todo hombre posee.

En este sentido, la mediación reúne a los que contienden para que, ayudados por un tercero que no decide sobre lo que sea justo o no, encuentren soluciones de justicia que aplicar a las necesidades concretas, desde los principios iusnaturales innatos en toda persona que deben inspirar todo derecho y que se ven actualizados con esta praxis.

La mediación acerca a los ciudadanos a la justicia. Son ellos los protagonistas del proceso y los que deciden lo que sea justo, sin imposición estatal, pero no al margen de la ley. La solución adoptada por las partes no puede ir nunca contra la legalidad ni contra los principios naturales del derecho. Y si las partes proponen algo que vaya en contra de esto, es obligación del mediador desautorizar el acuerdo.

En una época, la nuestra, en la que el Estado ha recogido el testigo de depositario de lo recto, el Derecho Natural constituye un derecho no creado por sus órganos, anterior y superior sus leyes, las cuales lo reconocen y protegen. Supone la mediación una alternativa al monopolio del Estado sobre la justicia, ya que el contenido de la respuesta dada a un conflicto es responsabilidad directa de los mediados y su validez no se basa en el proceso formal de aprobación, sino en la aceptación de las partes.

Además, la fundamentación ética de la obligatoriedad de cumplimiento de los acuerdos corre en paralelo al contenido moral que el derecho natural debe infundir en toda norma. Las partes, al firmar el acuerdo de mediación penal, reconocen sobre quien recae la culpa de los hechos y que lo allí escrito es justo y debido. En consecuencia, están fuertemente impelidos a cumplir con las obligaciones contraídas.

En definitiva, considero que la mediación penal es expresión de la aplicación de los principios del derecho natural a una situación concreta, para solventar las necesidades contingentes de hombres que se reúnen desde su consideración de hombres libres e iguales. Al mismo tiempo, la práctica de la mediación puede servir para superar el monopolio estatal de la justicia y, a través de la reflexión sobre su praxis, para la renovación de la disciplina del iusnaturalismo.

C) LA MEDIACIÓN PENAL COMO HERRAMIENTA DEL DERECHO PENAL.

Tomando en cuenta que, como hemos visto, no siempre fue el Estado el único responsable de castigar delitos y crímenes, podemos definir de forma genérica el Derecho penal como la rama del derecho ocupada de la reacción de la sociedad o del individuo a la infracción de las normas, para intentar compensar este quebrantamiento, devolviendo el equilibrio a la convivencia.

Si seguimos la evolución del derecho penal desde sus inicios, en forma de venganza privada, hasta nuestros días, podremos descubrir las tendencias que guían su recorrido, y que resumimos así:

- Las penas han sido cada vez más leves y humanas. Incluso se han introducido medidas diferentes a las penas.
- Los castigos se han ido estableciendo en proporción al delito que las originó y con una función rehabilitadora del penado.
- La reacción penal ha sido cada vez de más interés público, hasta llegar a ser un monopolio del Estado.
- El derecho penal ha ido limitándose a sí mismo a las normas del Estado de derecho, ofreciendo de forma paulatina mayores garantías jurídicas.

La estructura del Estado parecía ofrecer grandes garantías jurídicas en cuanto a la inexorabilidad del castigo y la igualdad de todos ante la ley. Obviamente, si el Estado se encargaba de esta tarea, los ciudadanos debían renunciar a ejercer la justicia por sus propios medios, que podían ser abusivos e injustos, incluso ineficaces, provocando otros desórdenes. Pues bien, tras este proceso de cesión de libertades y responsabilidades por parte de los ciudadanos al Estado, podemos constatar que éste no sólo no ha sido eficaz en la reducción de la delincuencia, sino que, al menos en parte de los casos en que cumple su cometido, tampoco satisface las necesidades de los implicados.

En respuesta a esta situación, y simultáneamente al continuo proceso estatalizador, ha aparecido la justicia restaurativa, de la que se habla con mayor profundidad en otro apartado, siendo la mediación penal una de sus herramientas. Pero, ¿se ajusta la mediación a las necesidades y fines del Derecho penal? ¿qué ofrece la mediación en este momento del desarrollo del Derecho penal?

Conforme a la propuesta que aquí defendemos, la mediación permite la determinación y aplicación de las consecuencias para quien cometa un injusto de forma privada, aunque con supervisión pública, a través de un acuerdo. Este método se ajusta a las obligaciones y principios del derecho penal, ya que:

- Las imposiciones que se hagan al ofensor son humanas, proporcionales al delito y tan leves como el caso concreto permita.
- La mediación está dentro de las posibilidades que la doctrina y las leyes otorgan al juzgador, y contribuye al cumplimiento del principio de intervención mínima.
- A falta de la realización de estudios estadísticos específicos, la mediación podría tener efectos positivos sobre la reincidencia de los infractores, ya que estos pueden tomar mayor conciencia de los efectos negativos de sus actos escuchándolos directamente de la víctima. Además, son ellos quienes se imponen una compensación, que entienden como justa.
- El interés público en la reacción penal sigue intacto, en tanto la mediación penal, según nuestra propuesta, se integraría en la legislación procesal penal española. La garantía de reacción inexorable frente al quebrantamiento de la ley se mantiene. Lo que tienen la libertad de determinar los ciudadanos es el contenido de dicha reacción, siempre bajo los límites de la ley y dentro del proceso judicial.
- Se da una múltiple garantía jurídica en el proceso y en el resultado: son las partes quienes determinan el contenido del acuerdo que consideran satisfactorio; el mediador no puede decidir sobre el contenido de los acuerdos, pero tiene el derecho y la obligación de invalidar aquellos que sean abusivos, claramente injustos o ilegales; estos acuerdos están, finalmente, bajo supervisión judicial, ya que la mediación se da dentro del proceso judicial. Esto evita los riesgos de la justicia

privada de otras épocas.

Además, en respuesta a los déficits que el modelo tradicional de justicia penal presenta, la mediación puede ofrecer como ventajas:

- Una mayor satisfacción de la víctima, que recibe aquello que considera justo.
- Agilidad en el proceso. Lo que satisface a la víctima y sirve mejor a la función reeducadora de los penados.
- Fomenta una sociedad cohesionada y responsable, en cuanto busca restablecer la comunicación entre las partes, ofrecer la posibilidad de asumir la culpa y de perdonar a las partes, y requiere la participación activa de los ciudadanos en la solución de sus conflictos.
- Libera recursos judiciales para la persecución de otras infracciones no resolubles a través de la mediación y puede reducir la conflictividad social a largo plazo.

En resumen, podemos afirmar que la mediación, integrada dentro del proceso penal, es coherente con el Derecho penal, tanto en su concepción teórica como en el momento actual de su desarrollo histórico. Además, ofrece ventajas complementarias que pueden cubrir los déficits de la justicia penal tradicional. Además, devuelve a los ciudadanos una parte de sus libertades, haciéndolos responsables de la solución de sus conflictos.

D) LA MEDIACIÓN PENAL COMO EXPRESIÓN Y MEDIO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

El lugar natural de la mediación penal es la justicia restaurativa, designando esta a aquella como uno de sus métodos, con el que comparte sus valores y principios. Ambas actúan en conflictos, responsabilizando a los implicados en el restablecimiento de la comunicación, para encontrar una solución que repare los daños causados y permita la reinserción de todos los afectados, mediante un proceso: voluntario; inclusivo; de consenso, diálogo y cooperación; confidencial; imparcial; sin rigorismos procesales, aunque con estructura; y que permite ahorrar recursos.

Además tanto la mediación penal como la justicia restaurativa tienen unos valores fundamentales comunes: el encuentro de los implicados; la participación de los afectados en todas las etapas del proceso; la reparación a las víctimas; y la reintegración de víctima y ofensor en la comunidad.

E) LA MEDIACIÓN PENAL: UN MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES.

Ante un conflicto, aparecen ante nosotros diferentes opciones de solución, que podemos dividir, en un primer momento, como bipolares y tripolares.

Las primeras son aquellas en que las partes en conflicto, toman la iniciativa de resolverlo por sí mismas. Así, encontramos:

- Evitación del conflicto.
- Discusión informal y solución del problema.
- Negociación.
- Acción directa no violenta.
- Acción directa violenta.

Las segundas son aquellas en las que una o ambas partes requieren la intervención de un tercero en la búsqueda de una solución. Así:

- La conciliación. Participación de un tercero que busca relajar la tensión para facilitar el diálogo.
- Arbitraje. Un tercero decide, de forma privada, la solución, quedando las partes obligadas a cumplir con ello.
- Proceso judicial. Un tercero decide, en tanto autoridad pública, la decisión que las partes estarán obligadas a realizar bajo amenaza de castigo.
- Mediación. Un tercero ayuda, mediante un proceso formal, a establecer el diálogo entre las partes para que, por sí mismas, alcancen una solución satisfactoria para ambas. El mediador no decide sobre el contenido, sino sobre el proceso a seguir para llegar a un acuerdo.

Podemos afirmar, entonces, que la mediación es uno de los métodos de resolución de conflictos, con asistencia de un tercero, y que está inserto en esta nueva visión del conflicto como algo natural en la vida del ser humano que nos permite evolucionar.

La mediación tiene su espacio más adecuado en el modo de afrontamiento colaborativo descrito más arriba, que se corresponde con los conflictos donde, tanto los objetivos como las relaciones son muy importantes para las partes. No obstante, es aplicable a todo tipo de conflictos, aunque a veces, necesitemos abordarlos desde otros métodos antes de adentrarnos en la mediación, como se expresa en el siguiente esquema basado en la propuesta de la Profesora de Sociología de la Universidad Carlos III de Madrid, Silvina Funes Lapponi²²:

²² Funes Lapponi, S., Saint-Mezard, D. (2000). La dimensión comunicativa en los conflictos y su resolución (I). A: *Monitor educador*, 77, 20-29.

ACTITUD	¿ES MEDIABLE?	PUEDE MOTIVARSE UN CAMBIO HACIA...
Competencia –dominación	No, pero	Negociación – compromiso
Evitación – negación	No, pero	Acomodación - concesión
Colaboración – integración	Sí	
Negociación – compromiso	Sí, pero	Colaboración – integración
Acomodación - concesión	Sí, pero	Colaboración – integración

Que siempre podamos aplicarla, no quiere decir que siempre dé un buen resultado. La mediación requiere un mayor esfuerzo de las partes que los otros métodos (más que una reacción violenta o que pedir a un juez que decida). Deberán estas implicarse y estar dispuestas a dedicar tiempo y energías, básicamente, en:

- La escucha activa del otro.
- La expresión clara y respetuosa hacia el otro.
- Profundizar en el análisis del conflicto para aflorar las necesidades ocultas.
- Empatizar con las ideas y sentimientos del otro.
- Ser creativo en la búsqueda de soluciones.

Por el contrario, sus resultados son de mayor calidad, ya que no requiere que nadie renuncie a sus intereses, sino que satisface los de ambos (una sentencia puede no satisfacer a nadie; una negociación, nos obliga a ceder en algo), siendo más duraderos. Además, busca reparar los daños concretos, pero también los lazos sociales, capacitando a los ciudadanos para resolver las disputas de un modo civilizado y por sus propios medios.

Respecto a la etapa del conflicto en que la mediación puede intervenir, la mediación penal posee una característica especial. Si bien, podemos afirmar que el proceso de etapas descrito anteriormente es aplicable a la generalidad de conflictos, en lo penal, la mediación puede aplicarse en momentos y escenarios diferentes, según:

- El conflicto es entre personas que tenían una relación previa. En este caso, lo normal es que el delito se cometa dentro de un proceso de degradación de las relaciones, dando cumplimiento a las etapas ya citadas y haciendo posible la mediación en cualquiera de ellas. Un ejemplo ilustrativo, y que es objeto típico de la mediación penal, es el conflicto que deviene en violencia entre dos vecinos.
- El conflicto es entre personas que no tenían ninguna relación previa. Aquí, la mediación interviene para reparar el daño producido a la víctima, una vez que el conflicto ya ha llegado a su punto más álgido de violencia, ya que las anteriores etapas no se han dado. Tampoco tiene la misma importancia aquí el restablecimiento de las relaciones, puesto que no existían. El ejemplo más claro y en el que la mediación actúa con mayor frecuencia, es el de los casos de delitos cometidos por menores, sobre todo cuando estos son leves.

En suma, la mediación es un método alternativo que sirve bien a la resolución de

conflictos. Si bien puede ser aplicada, de forma amplia, a todo tipo de conflictos, tiene un espacio privilegiado en aquellos que sean de especial importancia por los objetivos a conseguir y por la importancia que para las partes, o la sociedad, tengan las relaciones implicadas. Los acuerdos de mediación adoptados como solución del conflicto, suelen ser de gran calidad y altamente satisfactorios para las partes, ya que es exigencia de la mediación que se recojan los intereses de ambas partes y ninguna tenga que renunciar a ellos. Pero llegar a resultados óptimos se necesita de una mayor implicación y esfuerzo de las partes. Así, la mediación es preferible en los casos en que exista clara voluntad de estas para afrontarlo.

F) NECESIDAD DE LEGISLAR LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA.

Desde la década de los años 80, diversas instituciones internacionales, con la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea a la cabeza, han valorado positivamente las posibilidades de la mediación penal en la resolución de los conflictos penales, como método de reacción frente a una infracción, pero también, como forma de reequilibrio de la paz social que esta a puesto en peligro. Esto se tradujo en normas que motivaban, incluso exhortaban a los países miembros de estas organizaciones a implementar acciones de mediación penal, pero que nunca tuvieron fuerza vinculante.

Simultáneamente, administraciones públicas y organizaciones no gubernamentales, unas veces en colaboración y otras por separado, desarrollaban toda una amalgama de prácticas, que reflejaban el interés por la mediación penal y su utilidad.

Estas, que se llevaban a cabo especialmente en el ámbito de la justicia de menores, se realizaban totalmente ajenas al proceso judicial, que no al derecho, o basándose en la interpretación, más o menos amplia, de un precepto existente. Este es el caso de gran parte de los países europeos, entre ellos España.

Ante esta confusión conceptual y práctica, si advertimos que la mediación penal actúa en la resolución de conflictos surgidos por la infracción de una norma jurídica, pero que, en este momento, lo hacía de muy diverso modo según la administración u organización encargada de llevarla a cabo, se nos aparece como evidente, el problema de inseguridad jurídica que se acababa de provocar.

La consecuencia inmediata era la necesidad de legislar. Así, en nuestro ámbito territorial, la Unión Europea aprobó la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Esta, con carácter vinculante, obliga a los estados miembros a desarrollar la legislación que consideren necesaria para impulsar la mediación en las causas penales y beneficiar los acuerdos entre

víctima e inculpado. Una formulación que podemos juzgar de vaga.

España todavía no ha cumplido con esta obligación de regulación de la mediación penal, si bien, en nuestros días, se está acometiendo la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

G) HACIA UNA LEY DE MEDIACIÓN PENAL.

Por todo lo dicho y en coherencia con los pasos que se están dando para la aprobación de una ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se hace necesaria la legislación de la mediación penal. Esta deberá revestir la forma de ley estatal, para cumplir con la obligación de ofrecer las mismas garantías jurídicas en todo el territorio nacional, descrita en la Constitución Española de 1.978.

Sin la pretensión de ser exhaustivos, presentamos a continuación los puntos que parecen plantear mayores problemas en su regulación y el modo en que podrían ser resueltos, en base al derecho positivo español, el de las instituciones internacionales de las que es miembro España y la experiencia de los países ya señalados.

Igualmente, se deben hacer modificaciones en el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica General Penitenciaria, para señalar de forma explícita la mediación como método de resolución de conflictos.

1. Definición de la mediación penal.

Proceso voluntario de comunicación, directa o indirecta, en el que víctima y ofensor del conflicto provocado por una infracción penal, buscan una solución acordada al mismo, de forma activa y cooperativa, con la ayuda de un tercero independiente (mediador). El acuerdo debe contener la reparación del daño causado.

2. Tipos de delitos y faltas.

Sólo podrán ser objeto de mediación los conflictos consecuencia de los delitos menos graves y de las faltas. Aquellos que, según la legislación española, no puedan ser perseguidos de oficio (delitos privados), donde entra en juego el perdón del ofendido (art. 215, injurias). También los semiprivados: descubrimiento y revelación de secretos (art.191); agresiones, acoso o abusos sexuales (art.201), abandono de familia, menores o incapaces (art.228); delitos relativos al mercado y a los consumidores (art.287); delitos societarios (art.296); y las faltas.

Según la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, descarta la mediación.

3. Sobre las partes.

- Las partes tienen derecho a recibir adecuada información sobre el proceso de mediación, sus consecuencias procesales y otros modos de resolución de su conflicto.
- Las partes tienen derecho a no aceptar o interrumpir la mediación en cualquier momento y sin obligación de justificar su decisión.
- Las partes tienen derecho a asistencia jurídica y servicio de traducción, si fuera necesario, gratuitos.
- Las partes están obligadas a no interponer acción judicial alguna en relación con el conflicto mediado durante el proceso de mediación y deberán prestar colaboración y apoyo a la actuación del mediador.
- La víctima tiene derecho a ser representado por un abogado.
- El ofensor no está obligado a una confesión expresa de su culpabilidad previa a la mediación, pudiendo hacerla durante esta. En todo caso, se puede deducir de su voluntad de participar en la mediación, ya que, si se considerara inocente, renunciaría a la mediación para defenderse en un proceso judicial.

4. Sobre el mediador.

- Puede ser mediador toda persona física o jurídica que no deba o pueda tomar parte en el proceso judicial del conflicto en el que deba ser mediador y que no tenga: relación alguna con cualquiera de las partes; interés en el resultado de la mediación; haber actuado anteriormente a favor de cualquiera de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.
- Todo mediador debe estar en posesión de un título universitario de Grado, tener formación específica en mediación en conflictos, demostrar competencia, imparcialidad, honestidad e independencia y estar inscrito en el registro de mediadores.
- El mediador respetará la confidencialidad de las sesiones, excepto: por acuerdo de las partes; previa autorización judicial, por ser necesario al bien público o a la protección de la integridad física o psicológica de una persona; por ser necesario para el cumplimiento de lo pactado; y cuando así lo establezca la ley.
- El mediador será designado por el juez. En caso de ser designada una institución, corresponde a esta designar al mediador del caso.
- En colaboración con la administración pública, el mediador se compromete a recibir formación continua para poder dar un servicio de calidad.
- Es responsabilidad del mediador asegurar el consentimiento real y consciente de las

partes.

- El mediador tiene el derecho de dar por terminada la mediación, sino se respetan las reglas mínimas en el proceso o si no ve posibilidades de llegar a un acuerdo.

5. Registro de mediadores.

- Se creará un único Registro público de mediadores y de instituciones de mediación dependiente del Ministerio de Justicia, dividido por provincias, que incluirá la siguiente información relativa al mediador: pertenencia o no a institución de mediación; y tipo de mediación que lleve a cabo.
- La solicitud de inscripción en el registro, junto con la documentación acreditativa de las condiciones descritas, deberá presentarse en el juzgado de lo penal que corresponda al domicilio legal del solicitante, en caso de ser persona física, o al domicilio social, en caso de institución.

6. Proceso.

- La mediación se iniciará a instancia de ambas partes, o de una con la aceptación de la otra; o a demanda del juez, según su criterio.
- La mediación puede realizarse en cualquier fase del proceso judicial. Incluso, después del proceso, durante el cumplimiento de la condena del ofensor.
- La mediación versará sobre el conflicto concreto provocado por la infracción, en caso de ser derivada desde el juzgado.
- La mediación se inicia con el acta inicial, donde debe aparecer: identificación del mediador y de las partes; objeto del conflicto; programa de actuaciones y duración máxima prevista; coste total de la mediación o las bases para su determinación; declaración de aceptación voluntaria de las partes.
- De cada sesión, el mediador levantará acta que refleje: duración, referencia al asunto tratado, participantes, fecha y lugar de celebración. Con ellas y lo que no haya que devolverse a las partes, el mediador formará un expediente.
- El acta final determinará la finalización de la mediación, reflejando, en su caso, los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su inexistencia.
- Todos los documentos hasta ahora citados han de estar firmados por las partes y el mediador; ya cada uno recibirá una copia.
- El informe de mediación reflejará: identificación de las partes y del mediador; duración del proceso; si los hay, compromisos alcanzados, plazos de ejecución; si no hay acuerdo, sólo se señalará esta circunstancia sin expresión de sus causas o cualquier otra información al respecto.

7. Sobre el acuerdo de mediación y su cumplimiento.

- Tendrá fuerza de cosa juzgada, igual que una sentencia.
- En él deberá constar: identidad de las partes y del mediador, y/o, en su caso, la institución de mediación; lugar y fecha; compromisos adquiridos; y plazos.
- Se redactará por las partes o sus representantes, con la ayuda del mediador, quien comprobará su adecuación al orden jurídico, para dar su aprobación.
- La comprobación de la ejecución efectiva de los acuerdos, corresponde al tribunal donde se inició la causa, que puede delegar esta función en el mediador del caso, que dispondrá de un plazo para el encargo.

8. Consecuencias procesales de la mediación.

Se procederá a la continuación del proceso, sin ninguna consecuencia, cuando: no haya acuerdo; el ofensor no se haya disculpado ante la víctima; no haya compromiso de reparación del ofensor; o cuando no haya reparación efectiva.

En caso de cumplirse las condiciones descritas en el párrafo anterior, y dependiendo del momento del proceso en que se hayan dado, las consecuencias pueden ser:

- Sobreseimiento de la causa.
- Aplicación de atenuante de reparación del daño, con la intensidad que el órgano jurisdiccional valore según el proceso.
- Si ya hay sentencia, pero no se ha ejecutado, pueda dejar sin efecto la acción.
- Si la pena de privación de libertad está en ejecución, se puede: suspender la ejecución; sustituir de la pena por multa o trabajos en beneficio de la comunidad; adelantar la libertad condicional; influir en una eventual concesión del indulto, del tercer grado y de permisos.
- Cuando la mediación no se dé por deseo de la víctima, el Magistrado podrá valorar la voluntad del infractor y las actuaciones realizadas en orden a reparar el daño, para su aplicación penológica.

8. Duración.

- La legislación debe ser precisa. Determinar el tiempo que puede transcurrir desde la recepción de la demanda: hasta la primera sesión; la finalización del proceso; y el envío del informe de mediación al juez, que siempre podrá prorrogar este plazo, bajo circunstancias excepcionales.

9. Financiación de la mediación.

La mediación debe ser gratuita para ambas partes. Para ello, la administración pública debe prever fondos con los que sostener programas de mediación que sean

desarrollados por asociaciones que puedan ofrecer otros servicios y puedan tener otras fuentes de financiación.

Un pago por horas con una tarifa revisable periódicamente parece lo más adecuado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A) LITERATURA.

- Adinolfi, G. (2007). Divergencias fundamentales en la filosofía de la justicia de Habermas y Rawls. *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, 15. Publicación electrónica de la Universidad Complutense.
- Blanco Barea, J. A. (2008). Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español: *Revista de Estudios Jurídicos nº 8/2008 (Segunda Época)*.
- Cafferata Nores, J. (1997). *El principio de oportunidad. Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Cuellar, L., Rovaira, J. (1985). *Introducción a la Filosofía*. Barcelona: Casals.
- Freund, J. (1983). *Sociologie du conflit*, Paris: PUF.
- Funes Lapponi, S., Saint-Mezard, D. (2000). La dimensión comunicativa en los conflictos y su resolución (I). A: *Monitor educador*, 77, 20-29.
- García, P. (1975). *Ejército: presente y futuro - Prudencio García - Tomo 1*, Madrid: Alianza Editorial.
- Landrove Díaz, G. (2004). *Introducción al derecho penal español*. Madrid: Tecnos.
- Landrove Díaz, G. (2007). *Introducción al derecho penal de menores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Massini Correas. C. I. (1998). La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno: *Doxa*. N. 21, vol. 2. 289-303.
- Pratt Fairchild, H. (1987). *Diccionario de sociología*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Puy, F. (2000). *Manual de filosofía del derecho*. Madrid: Colex.
- Ríos Martín, J. C., Martínez Escamilla, M., Segovia Bernabé, J. L., Gallego Díaz, M., Cabrera, P., Jiménez Arbelo, M. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005 - 2008)*. Descargado desde www.mediacionypacificacion.es/images/stories/experienc...pdf
- Schroeder, P. (2004). *La médiation pénale: entre gestion des affaires et justice restaurative*. Luxembourg: Centre de Médiation a.s.b.l.
- Soleto Muñoz, H., Otero Parga, M., (2007). *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos.
- Thomas K. (1976). Conflict and Conflict Management. En M.D. Dunnette (ed.). *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*. Chicago: Rand McNally.
- Truyol y Serra, A. (1982). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*. Madrid: Alianza Editorial.

- Zehr, Howard, (2002), *The Little Book of Restorative Justice*. Pennsylvania: Good Books.

B) TEXTOS LEGALES.

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985*. Descargado desde

www.fundacioncgae.org/fundacionCGAE/archivos/ficheros/1252392523428.pdf

- Ministerio de Justicia de España (2010). *Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. Descargado desde

[http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?](http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano%2FDocumento%2FTempDocumento)

[c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano](http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano%2FDocumento%2FTempDocumento)

[%2FDocumento%2FTempDocumento](http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano%2FDocumento%2FTempDocumento)