

LA MEDIACIÓN PENAL DENTRO DEL PROCESO. ANÁLISIS DE SITUACIÓN. PROPUESTAS DE REGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN. PROTOCOLOS DE EVALUACIÓN. DOCUMENTO IDEOLÓGICO: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Grupo de Investigación
Noviembre de 2010
Consejo General del Poder Judicial

Ramón Sáez (director)
Concepción Sáez
Julián Ríos
Teresa Olavarria
Cristóbal Fábrega
Celima Gallego
Félix Pantoja

ÍNDICE

1.- **Introducción** (Ramón Sáez, director)

2 - Integrante del grupo de expertos designado por el CGPJ que formó parte del Grupo de Investigación sobre Mediación Penal, bajo la dirección del Magistrado don Ramón Sáez Valcárcel, que desarrolló sus actividades en el marco del programa de formación continuada del Consejo desde marzo hasta diciembre de 2010, ambos inclusive.(id. anterior).

Podríamos definir el objeto de la investigación a partir de los problemas prácticos que plantea su implantación en el proceso y de los problemas político-criminales y legislativos que se alzan para su (postergada) regulación. Definiremos varios ámbitos y métodos de trabajo:

(1) Analizar los obstáculos a la implantación de la mediación y a su desarrollo normativo
(Concepción Sáez).

2.1. Información previa.

2.2. La Mediación Penal como instrumento de la Justicia restaurativa: su incidencia sobre los criterios de evaluación y situación de la actividad. Indicadores de éxito y de riesgo.

2.3. Descripción y análisis de los proyectos y programas pilotos, a nivel nacional e internacional.

2.4. Los Servicios de Mediación Penal en Cataluña y Euskadi.

2.5. Balance cuantitativo de la Mediación Penal en España.

2.6. Balance cualitativo: el impacto de la Mediación Penal.

2.6.1. Imputados y víctimas.

2.6.2. Operadores jurídicos. Jueces. Fiscales. Secretarios Judiciales.

Abogados.

2.6.3. Mediadores.

2.6.4. Personal de los Servicios de atención a los usuarios de la Justicia.

2.6.5. Recapitulación y primeras conclusiones.

2.7. La Mediación Penal por dentro.

2.7.1. Mirada exterior. El examen directo y documental de la actividad de mediación.

2.7.2. Visión introspectiva. La mediación penal a partir de la opinión de jueces y fiscales.

2.8. Conclusiones.

2.9. Anexo. Encuestas a jueces y fiscales. Encuestas a mediadores.

3.- **Protocolo de análisis y evaluación de las experiencias** (Teresa Olavarría).

3.1. Ficha de recogida de datos por periodos.

3.2. Ficha de recogida de datos de cada proceso de mediación.

4.- **Propuesta de regulación legal y de autorregulación** (Félix Pantoja y Julián Ríos).

- 4.1. Modificaciones de derecho sustantivo en el Código Penal.
- 4.2. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 4.3. Revisión y actualización del protocolo de autorregulación.

5. **Documento ideológico sobre mediación penal** (coordinador Ramón Sáez).

5.1.(A). Mediación: conceptos básicos (Julián Ríos). (B). Los actores del proceso de mediación, el papel del juez, del fiscal y del abogado; el secretario judicial en el marco de la nueva oficina judicial. Especial atención a la figura del mediador. (Concepción Sáez y Cristóbal Fábrega).

5.2.- Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial (Cristóbal Fábrega y Ramón Sáez).

- 5.2.1. La tutela judicial efectiva como derecho fundamental.
- 5.2.2. La mediación como forma de obtener el derecho a la tutela judicial efectiva.
- 5.2.3. La mediación intrajudicial.
- 5.2.4. La mediación en el sistema de justicia penal.

5.3.- Mediación penal y sistema de garantías. Presunción de inocencia, libertad de autoincriminación, contradicción y prueba, derecho de defensa (Ramón Sáez y Cristóbal Fábrega).

- 5.3.1. Derecho al juez predeterminado.
- 5.3.2. El principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado.
- 5.3.3. Derecho a ser informado de la acusación.
- 5.3.4. Derecho de defensa y de asistencia letrada.
- 5.3.5. Presunción de inocencia como regla de verdad, prueba y método contradictorio.
- 5.3.6. Derecho a la prueba.
- 5.3.7. Proceso en un plazo razonable.

5.4.- La víctima y la mediación penal. (Cristóbal Fábrega y Ramón Sáez).

- 5.4.1. La emergencia de las víctimas.
- 5.4.2. El concepto y las diversas categorías de víctimas; sus desarrollos en el Derecho internacional.
- 5.4.3. La víctima como la gran olvidada del proceso penal.
- 5.4.4. Las limitaciones de las penas como respuesta al delito.
- 5.4.5. La mediación como respuesta a las insuficiencias del sistema de justicia.

5.5.- Mediación penal, ¿un método apto para todo tipo de infracciones? Violencia sobre la mujer y familiar.(Concepción Sáez).

- 5.5.1. La violencia intrafamiliar en la estrategia de la generalización del derecho penal y el rigorismo punitivo.
- 5.5.2. Violencia intrafamiliar vs. mediación penal: contraargumentos para una coexistencia posible

5.6.- La mediación penal y sus riesgos (Concepción Sáez).

5.7.- Mediación y política criminal. Una metodología para intervenir al tiempo en interés de la víctima y del infractor (Julián Ríos).

1.- INTRODUCCIÓN

Según los datos que facilitaba el Servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial para el segundo semestre del año 2009 ciento setenta órganos judiciales del orden penal habían intervenido o experimentado con procesos de mediación penal. La realidad desbordaba cualquier previsión. Sin embargo, esa expansión del interés por la mediación -que a nuestro juicio expresa el malestar de quienes operan en el contexto del sistema de justicia penal con el funcionamiento del proceso y el tratamiento de la víctima del delito y la búsqueda de mecanismos para atender a los fines declarados-, dicha expansión no se ha visto acompañada de la necesaria regulación legal ni del interés de los procesalistas, penalistas u otros investigadores de las ciencias jurídico sociales por analizar el fenómeno. Al contrario, los escasos estudios procedentes del ámbito universitario destacan por la incompreensión de lo que estaba sucediendo. Y así, el objeto que construían sobre la mediación penal se correspondía, lejos de esa realidad, con las llamadas alternativas a la resolución jurisdiccional de los conflictos, es decir con medios distintos que huyen o previenen el recurso al proceso y a los tribunales, al estilo de los que funcionan en el mundo anglonorteamericano.

A partir de la constatación de esa incompreensión el Grupo de investigación decidió, en primer lugar, reconstruir los perfiles exactos del objeto de la mediación penal según se venía aplicando en nuestra realidad procesal, conocer y diagnosticar lo que se estaba haciendo en juzgados y tribunales, para propiciar una evaluación propia y permitir a otros su comprobación y estudio. Para ello se recopilaron los estudios existentes; entre ellos cabe destacar los que fueron elaborados por la profesora Gema Varona para la Dirección de Ejecución penal del Gobierno vasco, los informes de los servicios dependientes de la Generalitat de Catalunya y los del Servicio de Planificación del CGPJ. Además, el Grupo redactó y dirigió una encuesta a jueces, fiscales y mediadores que vino a completar las fuentes de conocimiento. El informe que redactó Concha Sáez describe los proyectos y programas pilotos que se han sucedido, los Servicios de mediación constituidos por las Administraciones autonómicas vasca y catalana, situados a la vanguardia de la mediación penal juvenil y de adultos, y ofrece un balance cuantitativo y cualitativo de la mediación.

Se ha puesto en marcha la reforma legal para atender a la mediación en asuntos civiles y mercantiles e incorporar al derecho interno la Directiva 2008/52/CE, una reforma que pone el énfasis en la “*liberación de carga de trabajo*” para jueces y

tribunales y que define a la mediación como “*un procedimiento informal y privado de solución de diferencias*” y como “*una fórmula extraprocesal*”. Lo que significa que se deja de lado la mediación penal, pero sobre todo -desde nuestra perspectiva- se apuesta por una mediación que se encuentra alejada de aquella que se está practicando en nuestro sistema penal, que incide precisamente sobre el proceso judicial desde los valores de la realización del derecho a la tutela efectiva. De ahí que hayamos considerado como prioritario formular mecanismos de homologación de las prácticas en mediación penal -ayunas de regulación legal-, de seguimiento, control y evaluación, que fomenten y consoliden una cultura de autorregulación entre todos aquellos que intervienen en los procedimientos de mediación.

En este contexto presentamos un protocolo de análisis y evaluación, a modo de ficha, que sirva para la recogida de toda la información relevante e imprescindible para conocer el funcionamiento de los diversos servicios que operan con la mediación, juzgados y fiscalías, y de los casos que se derivan hacia ese método de abordaje del conflicto que llamamos delito. Dicho protocolo, redactado por Teresa Olavarría, es una herramienta que permitirá no solo a jueces, fiscales y mediadores seguir y analizar las experiencias, sino que llama la atención a los servicios de inspección del Consejo General de Poder Judicial y de la Fiscalía sobre la presencia de la mediación para que lleven a cabo dicho control y comprobación, como órganos que suministran información completa y actual del funcionamiento de los servicios judiciales y fiscales.

Nos pareció ineludible insistir en la necesidad de legislar sobre esa materia a la vista de la expansión que la mediación ha protagonizado en los últimos años. Para ello, hemos retomado propuestas anteriores, que habían surgido a iniciativa de miembros del propio grupo de investigación, sobre la reforma de las leyes penales y de enjuiciamiento criminal y hemos procedido a su actualización, a la luz de la evaluación de las experiencias que hemos abordado. En concreto, nos referimos a trabajos elaborados cuando Félix Pantoja se ocupaba, como vocal del Consejo General del Poder Judicial, de seguir, difundir y motivar la mediación penal intraprocesal -pueden consultarse los diversos informes del Servicio de Planificación citados o el libro *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Cgpj 2007-, o cuando el Ministerio de Justicia encargó un estudio al respecto como sustento de una futura regulación legal, que dio lugar al libro *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador*, Aranzadi 2008, coordinado por Concha Sáez Rodríguez. A partir de ellos ofrecemos a la discusión textos articulados de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal y un estatuto del mediador (el que se inserta en el anteproyecto de ley de mediación civil y mercantil tiene escasa densidad regulativa para lo que demanda la función). En el espacio de la autorregulación hemos procedido de manera similar a releer, adaptar y actualizar textos en los que habíamos intervenido los miembros del grupo, en concreto un Protocolo del año 2005 que trataba de disciplinar la experiencia en el Juzgado de lo Penal n. 20 de Madrid. Ambas tareas han sido desarrolladas por Félix Pantoja y por Julián Ríos.

Por fin, hemos creído preciso confrontarnos ideológicamente en defensa del proyecto de mediación penal dentro del proceso que se viene practicando en España y que, como decíamos, no ha sido suficientemente comprendido, ni por quienes tienen la iniciativa legislativa, ni por los propios legisladores ni, algo que nos resulta paradójico, por los universitarios que se han acercado al tema. Es por ello que hemos considerado -el documento redactado por Cristóbal Fábrega, Concha Sáez, Julián Ríos y por quien

escribe estas líneas introductorias, con el concurso y debate de todos los miembros del Grupo- que había de ofrecerse una reconceptuación de la mediación y su relación con una justicia que trata de restaurar la dignidad personal de quienes son los protagonistas del conflicto que calificamos como delito, la víctima y el infractor, tantas veces reducidos a meros objetos. Esbozando una justicia que sea portadora de los valores del diálogo y de la paz. Una justicia de las víctimas -que ha aprehendido que esta es portadora de una experiencia y una verdad única-, pero también una justicia al servicio de la rehabilitación de los victimarios. La mediación se convierte de esa manera en un medio de intervención incluyente sobre los dos ejes del conflicto y del proceso. Una justicia que opera en el espacio público, que pretende dotar de eficacia y efectividad al derecho a la tutela efectiva, y que, por lo tanto y frente a sus críticos, se erige en una alternativa a las alternativas de privatización de la jurisdicción. Una justicia que trata de dar satisfacción a los fines declarados del proceso penal, a la atención y protección de la víctimas, a su completa reparación no solo material sino esencialmente simbólica y emocional, a la recuperación de su sentimiento de seguridad. Una justicia que reconoce el sufrimiento y el dolor, consciente de que la violencia se expresa en el delito, en un primer momento, pero también en el funcionamiento de las agencias policiales y de persecución penal del estado. Que percibe y desvela que el sistema no solo imprime dolor al delincuente, incluso al sospechoso para comprobar si es culpable -como apuntaba con incisión Carnelutti en su inolvidable alegato sobre las miserias del proceso penal, que tanto ha influido a los miembros de este Grupo de investigación, que llevamos años colaborando y aprendiendo juntos (*“Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes”*¹). Porque el dolor, que representa la pena y la estigmatización de la instrucción y el enjuiciamiento, se aplica no solo al infractor y al sospechoso, también a la víctima; son esas prácticas que denominamos victimización secundaria bajo una etiqueta que pretende eximir a los juristas de responsabilidad. Una justicia que explora el dolor como fuente de conocimiento pero sin magnificarlo, con la sabiduría capaz de detectar que la experiencia del sufrimiento puede volvernos ciegos, sordos y mudos, como señala el filósofo del derecho Antonio Madrid². Una justicia respetuosa de las garantías de los derechos y de las libertades, pero que intenta humanizarse, atendiendo prioritariamente a las necesidades y a los requerimientos de los individuos y de las personas que comparecen bajo cualquier categoría o estatuto en el proceso, en la creencia compartida de que sus intereses y su dignidad son el fundamento mismo del proceso judicial. En definitiva, una justicia humana. Esa es nuestra apuesta.

Ramón Sáez

¹ Carnelutti, F.: “Las miserias del proceso penal”, Temis 2005, p. 48.

² Madrid, A.: La política y la justicia del sufrimiento, Trotta 2010.

2.- MEDIACIÓN PENAL. INFORME DE EVALUACIÓN Y SITUACIÓN³

2.1. INFORMACIÓN PREVIA

Lo primero que hay que destacar es que las fuentes de que se nutre este concreto epígrafe, detalladas al pie del índice, son diversas en su contenido y en su finalidad.

Salvo las encuestas a los intervinientes institucionales en el proceso de mediación, enfocadas directamente al objetivo propuesto por este Grupo de Investigación, los demás documentos manejados constituyen singulares elaboraciones que permiten aproximarse al estado actual de la mediación penal que se está realizando en España desde distintos ángulos y dispares propósitos. Lo que aquí se ha pretendido es conjugarlos, armonizando sus numerosos datos y dispares propósitos, poniéndolos al

³ Se han utilizado como materiales para la elaboración de este epígrafe las siguientes fuentes externas de información:

- El “Informe sobre los servicios de mediación penal de 2008” de la Dirección de Ejecución Penal. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del gobierno vasco.
- La Memoria del Servicio de Mediación Penal del año 2009, del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del gobierno vasco.
- La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio-Diciembre de 2007)”, de marzo de 2008 y el informe “Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008-Septiembre 2009), de diciembre de 2009, ambos realizados por Gema Varona a iniciativa de la Consejería de Justicia del gobierno vasco.
- El “Informe sobre los servicios de mediación penal de 2008” de la Dirección de Ejecución Penal. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del gobierno vasco.
- Los Programas (Memorias) de Mediación y Reparación Penal en la jurisdicción ordinaria, correspondientes a los años 2008 y 2009, de la Dirección General de Ejecución Penal, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.
- Los informes de evaluación cuantitativa de la Dirección General de Ejecución Penal del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Años 2008 y 2009.
- Los “Resultados de la encuesta de satisfacción a los usuarios y usuarias del Servicio de Mediación Penal, año 2008”, de la Asociación Benestar i Desenvolupament. Barcelona, enero de 2009.
- El informe de gestión de los Juzgados incorporados al proyecto de mediación penal, así como el listado completo de los juzgados que hacen mediación, del Servicio de Planificación y análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Primer y segundo semestre de 2009
- El informe “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008), elaborado por Julián Ríos y otros, a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ.

Las fuentes internas se nutren del análisis de las encuestas de opinión elaboradas por el Grupo de investigación que suscribe este documento entre jueces, fiscales y mediadores que hacen mediación en España a la fecha de su realización, junio de 2010.

servicio del objetivo pretendido por este Grupo de Investigación, esto es, estructurar una descripción, lo más fiel y actualizada posible, de los diversos grados de desarrollo e implantación de la mediación penal en España, con una finalidad última que trasciende a la mera –aunque no por ello superflua- enumeración o adición de experiencias, o a la sola descripción valorativa de todas ellas: ubicar la mediación en el importante lugar que ocupa en la realidad judicial y en la práctica de nuestros Juzgados y Tribunales del orden penal, evaluando su rendimiento en los términos que su especial naturaleza demanda, a fin de elaborar conclusiones que orienten y sitúen apropiadamente a quienes han de afrontar –confiamos que más temprano que tarde- su incorporación al derecho positivo.

Para completar la información que da nombre a este epígrafe, creemos de interés hacer una referencia, siquiera breve, al recorrido realizado por la mediación penal con adultos practicada en España.

Desde el año 1998 se viene desarrollando en Cataluña el Programa de Mediación y Reparación Penal en la jurisdicción ordinaria, por el Departamento de Justicia de la Generalidad. En aquel momento, el proyecto iniciado fue pionero en la implantación y desarrollo de la Mediación Penal conforme a las Recomendaciones del Consejo de Europa que, desde 1983, pretendían incentivar a los estados miembros para que tuvieran en cuenta las posibilidades que ofrece la Mediación penal en las relaciones entre víctima e infractor y los beneficios potenciales que proporciona a la víctimas de las infracciones penales. Actualmente, la mediación penal que se desarrolla en la Comunidad catalana está concebida en tanto que un servicio gestionado por el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, con el carácter de público y gratuito. De sus avances y resultados se dará cuenta en las páginas siguientes.

A partir del estudio de las experiencias ya existentes como la que se estaba desplegando, tal como se acaba de indicar, en Cataluña o la que se venía realizando, también desde 1998, por la Asociación Apoyo de Madrid en el ámbito de la mediación comunitaria con drogodependientes, a iniciativa de diversos profesionales del derecho penal y con la supervisión y coordinación del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ, se comenzó desde noviembre de 2005 a trabajar en la puesta en funcionamiento de una experiencia piloto de mediación penal de adultos en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, que se desarrolló hasta enero de 2007 y que con el apoyo del mencionado Servicio de Planificación del CGPJ consiguió extenderse e implantarse en un número importante de órganos judiciales que actualmente, con datos fechados en el segundo semestre de 2009, el CGPJ –responsable de su coordinación y supervisión-, cifra en 170, y que también sirvió de referente para la organización y despliegue del programa piloto en Baracaldo, embrión de lo que poco tiempo después constituiría el Servicio de Mediación implantado en el País Vasco, al que a continuación nos referiremos.

El estudio y análisis de la actividad desplegada por los diversos órganos judiciales que participaron en el Proyecto de Mediación Penal, en el espacio temporal de 2005 a 2008, dio lugar al trabajo de investigación impulsado por el CGPJ capitaneado por el profesor Julián Ríos que hemos reseñado más arriba y al que se harán frecuentes referencias a lo largo de este capítulo.

Más tarde, en julio de 2007 fue creado el primer Servicio de Mediación Penal en Baracaldo, dependiente de la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno vasco, en el marco de la experiencia coordinada por el repetido Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ, ya mencionada. Meses después se puso en marcha el Servicio de Mediación Penal en Vitoria-Gasteiz. Simultáneamente se desarrollaba otra experiencia en el Audiencia Provincial de Guipúzcoa así como en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao. En Octubre de 2008 comenzaron su andadura dos nuevos Servicios de Mediación Penal en Bilbao y en Donostia.

Todos los Servicios de Mediación Penal en Euskadi que trabajan a día de hoy a pleno rendimiento, se hallan encuadrados en los “Servicios de Cooperación con la Justicia” integrados por el Servicio de Atención a las Víctimas, el Servicio de Asistencia al Detenido y el Servicio de Atención a la Reinserción, dependientes de la Dirección de Ejecución. Del desarrollo y evolución de los Servicios de Mediación en el país vasco, muy notables cualitativa y cuantitativamente, se hace partícipe al CGPJ por medio del Servicio de Planificación y Análisis ya mencionado.

Una última información, creemos que fácilmente deducible de cuanto llevamos dicho, pero en todo caso no superflua: la mediación que aquí contemplamos, la mediación que en este concreto capítulo se detalla y analiza, la que a la postre merece nuestra atención y estudio en este trabajo de investigación, es la que se está realizando, en el marco temporal y territorial que describiremos, dentro del proceso penal, incorporada al devenir procedimental -en todas sus fases procesales- de las causas por delito y por falta, en el derecho penal de adultos. Cualquier otra elaboración que desde pretendidos planteamientos teóricos pretenda encarar la mediación en tanto que ajena o al margen del proceso penal, no está contemplada en este estudio.

| |
|--|
| <p>2.2. LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: SU INCIDENCIA SOBRE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SITUACIÓN DE LA ACTIVIDAD</p> |
|--|

A falta de normativa interna (cuya carencia –su trascendencia y efectos- recorrerá permanentemente las siguientes páginas), que defina o al menos centre el concepto de mediación, y a partir del contenido de las diversas normas internacionales que se ocupan de la justicia restaurativa, ésta puede ser definida como una justicia que promueve un encuentro voluntario y dialogado entre las partes para tratar de la interdependencia de sus necesidades e intereses tras la comisión de un hecho delictivo, y que para ello parte de las necesidades de las víctimas, que comprenden el trato digno, la protección, la información, la asistencia, el acceso a la justicia, la reparación y la recuperación.

Este especial interés por atender y proteger los intereses de las víctimas no se quiere olvidar del infractor o asegurarse a su costa. En los sistemas de justicia de las sociedades occidentales forman parte de nuestro patrimonio, de nuestras señas de identidad colectiva, las aportaciones de los ideales de la Ilustración; en tal sentido, atender a las víctimas no debe implicar una renuncia a los derechos sustantivos y las garantías procesales del imputado, que –originarias del espíritu ilustrado- han

acompañado, aun con altibajos, el desarrollo y devenir histórico de los estados democráticos y de derecho en el mundo occidental.

Desde esta perspectiva, la Mediación Penal es concebida como herramienta de la justicia restaurativa caracterizada por hacer posible cohonestar ambas concepciones y hacer realidad la incorporación a los sistemas de justicia basados en postulados retributivos de principios y criterios restaurativos. Esta nueva mirada, esta novedosa perspectiva aplicada al proceso penal en que se desarrolla la mediación, transforma los criterios y las pautas a partir de los cuales se vienen midiendo y evaluando las actuaciones judiciales. La apreciación de los aspectos cualitativos de la actividad y su valoración coordinada y conjunta con los tradicionalmente empleados y valorados, los cuantitativos –que a su vez son también en buena medida afectados en su conceptualización-, no equivale a una simple adición de factores sino una innovadora forma de medir y estimar el desarrollo de la actividad realizada en nuestros Juzgados y Tribunales.

Indicadores de éxito y de riesgo.

Así pues, y como quiera que la justicia penal afectada por la práctica de la mediación no puede continuar midiéndose exclusivamente con criterios retributivos, han de adoptarse instrumentos innovadores para proceder a su correcta y eficaz evaluación.

Los “indicadores de éxito” comúnmente utilizados a nivel internacional distinguen entre criterios cuantitativos y cualitativos. Entre los primeros pueden citarse tres: 1. La reducción de la delincuencia (medida en términos de disminución de la reincidencia) y de la población reclusa. 2. La disminución de los índices de victimización, y 3. La valoración coste/eficacia. Entre los cualitativos se barajan: 1. La satisfacción de las partes, especialmente las víctimas. 2. El mayor respeto a los derechos humanos de los implicados. 3. La aceptación pública. 4. Mayor cohesión social.

La determinación de los indicadores de riesgos potenciales quiere contribuir a la adopción de medidas preventivas que los eviten. Así, se diferencia entre los que pueden afectar a la víctima de los que pueden concernir al infractor. Entre los primeros se señalan: 1. El aumento de la victimización en cuanto su práctica suponga para las víctimas una carga más y venga a incrementar su miedo al delito. 2. La eventual presión que aquéllas puedan ejercer –con razones o incluso sin ellas- para aceptar su intervención en el programa de mediación. 3. Las dificultades, en su caso, para salvaguardar la seguridad de las víctimas. 4. El incumplimiento de los acuerdos adoptados. Por su parte, los infractores pueden verse perjudicados al menos en cuatro hipótesis: 1. Cuando la censura o el reproche expresado a través de la mediación no es reintegrativo (al tratarse, por ejemplo, de víctimas revanchistas o, su antítesis, excesivamente indulgentes). 2. Al afrontar las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento. 3. Si significa para ellos una mera escapatoria de la justicia penal convencional. 4. Si se vulneran sus garantías sustantivas y procesales. 5. Si se produce una ampliación negativa de la red penal⁴ con una estigmatización innecesaria, en especial en aquellos infractores –la mayoría en el segmento de delitos en que se viene aplicando con más frecuencia la mediación- pertenecientes a grupos sociales especialmente vulnerables o excluidos.

⁴ El denominado “efecto net-widening”

2.3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS Y PROGRAMAS PILOTO A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL

A nivel interno, dejando al margen en este concreto epígrafe la mediación penal que se practica institucionalmente en las comunidades autónomas de Cataluña y el País Vasco (a las que se dedicará el siguiente), nos ceñiremos a la actividad mediadora desarrollada -sobre la base de los antecedentes ya mencionados en Cataluña desde hacía algunos años antes- a partir del programa piloto desplegado en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, que fue el referente para la implantación de la mediación penal en el resto del territorio nacional.

El proyecto se gestó en noviembre de 2005, como consecuencia de unas reuniones de trabajo realizadas con el objetivo de elaborar un protocolo de intervención procesal para la puesta en funcionamiento de una primera experiencia con miras a su ampliación a todos los demás órganos jurisdiccionales que se manifestasen interesados⁵. Se fijaron dos objetivos. El primero, elaborar un protocolo para integrar la mediación dentro del proceso penal, en sus diferentes fases y explorar su viabilidad, no sólo como sistema eficaz de resolución del conflictos, sino también como forma de garantizar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El segundo, en su caso, extender y ampliar la experiencia de mediación penal a los órganos jurisdiccionales de todas las comunidades autónomas que fuere posible, con el objetivo de informar y sensibilizar a los operadores jurídicos y a la ciudadanía en general acerca de este instrumento puesto a su disposición para la resolución de aquellos conflictos materializados en ilícitos penales entre adultos. Concluido un primer protocolo de trabajo para la fase de enjuiciamiento a desarrollar en el Juzgado de lo Penal num. 20 de Madrid, la experiencia se llevó a cabo en este órgano jurisdiccional desde noviembre de 2005 a enero de 2007, con la supervisión del Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial, previo acuerdo con el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

A continuación, y también en Madrid, se decidió iniciar la experiencia en la fase de instrucción y enjuiciamiento de faltas. De ello se ocuparon los Juzgados de Instrucción números 32 y el 47⁶. En septiembre de 2006 comenzó la experiencia, que en este momento se mantiene en el Juzgado de Instrucción número 32. En enero de 2007, se inició la experiencia en la fase de ejecución en el Juzgado de Ejecuciones número 4 de Madrid⁷.

Constatados los más que prometedores resultados obtenidos en estas experiencias piloto se extendió la práctica de la mediación a lo largo del territorio nacional en diversos y numerosos órganos jurisdiccionales, coordinados y valorados

⁵ El grupo de trabajo se formó por el magistrado Ramón Sáez, los fiscales Justino Zapatero, Teresa Olavarría, Carmen de la Fuente, M^a. Jesús Raimundo y Félix Pantoja, la secretaria judicial Concepción Sáez y los abogados especializados en mediación, Esther Pascual, Rosa Garrido, Alfonso Bibiano y Julián Ríos.

⁶ Sus magistrados, Santiago Torres y José Díaz, respectivamente, junto con los fiscales Justino Zapatero, Eduardo Esteban y César Estirado y los secretarios judiciales Guillermo Vázquez y Carlos Vaquero, elaboraron asimismo un protocolo de intervención.

⁷ Gracias al apoyo de su magistrada María Jesús Coronado y de las fiscales María de la O Silva y Beatriz Sánchez.

desde el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ. El análisis conjunto de buena parte de estas experiencias, realizadas desde el año 2005 hasta el 2008, dio como resultado el informe realizado, a que se hace referencia en el índice y al que nos vamos a ceñir en este concreto apartado⁸.

Cabe afirmar sin dudas que la mediación penal practicada con arreglo a los protocolos y documentos de intervención elaborados ha generado unos resultados que cualitativa y cuantitativamente superan las más optimistas expectativas. Incluso en aquellos casos en que no se logra alcanzar todos los objetivos propuestos, se manifiesta positiva, desde la perspectiva de las víctimas, para satisfacer sus legítimos intereses y dar cobertura a sus necesidades y desde el punto de vista del infractor, al implicar un plus en su grado de responsabilización, tanto en términos jurídicos, reconociendo y reparando el perjuicio material causado, como éticos porque la asunción del perjuicio causado permite en muchos casos la reconducción de su propia vida por sendas de normalización conductual y de respeto al ordenamiento jurídico. Resulta igualmente destacable que muchas mediaciones terminadas con éxito no sólo se ciñen al concreto ámbito en que se desarrollan, de manera que en más del 70% de ellas el conflicto no solo logra ser superado y las heridas derivadas del mismo desaparecen, sino que despliega su eficacia positiva incluso en otros procedimientos judiciales que se tramitan entre las mismas personas en conflicto. De ahí otra de las virtualidades no siempre reconocidas a la mediación: conseguir, en la medida en que los implicados así lo deseen, profundizar en otros conflictos y actuar de tal manera a nivel preventivo, mirando al futuro.

En suma, de todo lo analizado en dicho informe (sobre cuyos datos concretos se insistirá más adelante), resultó evidente que la incorporación al sistema legal vigente de la mediación no hace sino producir ventajas para todos. En primer lugar, para el propio sistema penal que minimiza costes, burocracia y obtiene resultados insospechados y, desde luego, inalcanzables desde el sistema penal convencional. En segundo lugar, desde el punto de vista de la víctima, porque la sitúa en el centro de atención, se le evitan sufrimientos estériles y se le asegura su derecho a la verdad, a la reparación del daño y a ser atendida en cualesquiera otras necesidades cuya existencia resulta posible detectar y resolver a través del propio proceso mediador. Desde la perspectiva del infractor, le ayuda a responsabilizarse, reduciendo el margen de reincidencia y se posibilita la atención de necesidades no cubiertas hasta ese momento (como, por ejemplo, el inicio de un tratamiento terapéutico).

Finalmente, del informe de estas experiencias a nivel interno se concluye lo que viene siendo una constante en quienes conocen y practican la mediación penal intraprosesal: la imperiosa necesidad de complementar el vigente sistema penal con su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de manera generosa, amplia y, sobre todo, flexible, para evitar que una reglamentación innecesariamente rígida pueda acabar esclerotizando una herramienta que reclama ductilidad y agilidad para ser realmente eficaz, y contribuir al cumplimiento de sus fines.

⁸ Con los datos recabados de la práctica de la mediación penal en los siguientes órganos jurisdiccionales: Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid, Juzgado de Ejecutorias Penales número 4 de Madrid, Juzgado de Instrucción número 3 de Pamplona, Juzgado de Instrucción número 13 de Sevilla, Juzgado de Instrucción número 2 de Calatayud, Juzgado de Instrucción número 4 de Zaragoza, Juzgado de lo Penal número 3 de Jaén, Juzgado de lo Penal número 2 de San Sebastián, Juzgado de Instrucción número 1 de Bilbao.

A nivel internacional, siguiendo aquí el inmejorable informe de la profesora Gema Varona del año 2009, hay que mencionar al menos tres evaluaciones anglosajonas, la de Gavrielides, la de Shapland, la de Sherman y Strang, y asimismo la contenida en el “Manual sobre programas de justicia restaurativa” de las Naciones Unidas.

Respecto de la de Gavrielides (un trabajo de 7 años de duración, concluido en 2007), se destaca la necesidad de convencer a los responsables políticos de quienes depende la decisión de adoptar proyectos de justicia restaurativa de -más allá de los meros criterios utilitaristas-, valorar la importancia de otros factores como la satisfacción real y efectiva de las necesidades y expectativas de los usuarios; el positivo impacto en la mejora de la calidad de vida de los participantes y de la colectividad en general; y el efecto restaurador del proceso, promoviendo la expresión de sentimientos, la petición y otorgamiento de perdón y el entendimiento y el diálogo. La conclusión final alerta sobre ciertos peligros al detectar que se corre el riesgo de perder el potencial teórico de los principios en que se basa la justicia restaurativa y se corre el riesgo de que se parezca cada vez más a la justicia penal convencional.

El trabajo de Shapland (2007) destaca la alta satisfacción de las partes, mantenida en el tiempo, y de sus resultados sobresalen tres: el cumplimiento de algunas expectativas de las partes, advirtiendo que es preciso asumir que la satisfacción completa no resulta posible porque se parte en todo caso de una experiencia negativa: una infracción penal; la insatisfacción de algunos participantes relacionada con el desacuerdo en la fijación del hecho mismo; la participación –excesiva unas veces, insuficiente, otras- de los mediadores y la falta de información acerca del contenido del informe que finalmente se destina a conocimiento exclusivo del juez.

La evaluación de Sherman y Strang (2007) afirma que víctimas e infractores no son enemigos naturales y que las víctimas no son esencialmente retributivas, concluyendo que aunque la justicia restaurativa no redujera la delincuencia podrá ser eficaz doblemente por aminorar la victimización al situar a las víctimas en el centro de la administración de justicia y reducir el coste de otros servicios previstos para ellas.

El Manual sobre Programas de Justicia restaurativa de Naciones Unidas (2006) ofrece quince resultados de las evaluaciones realizadas, que cabe resumir en los siguientes:

Los programas restaurativos no lo hacen peor que la justicia penal convencional en términos de satisfacer las necesidades de las víctimas y los infractores (se llega a un grado de satisfacción del 95%), y en términos de reincidencia (se aprecia una pequeña, pero significativa, reducción, especialmente en los infractores de riesgo bajo).

Se advierten mejoras en cuanto a la calidad de los servicios prestados, el tiempo de procesamiento y los costes.

Se puede utilizar, con éxito, en casos de violencia.

2.4. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN PENAL EN CATALUÑA Y EN

EUSKADI

El Programa de Mediación y Reparación en la Jurisdicción Penal de Cataluña (PMRP) fue creado a finales del año 1998 por el Departamento de Justicia de la Generalidad desde la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia juvenil.

Aunque quepa señalar como antecedentes otros proyectos desarrollados por distintas Oficinas de Ayuda a la Víctimas, como la de Bilbao o la de Las Palmas de Gran Canaria, o por el Instituto de Criminología de Málaga, o –de forma más destacada y prolongada en el tiempo- el proyecto desarrollado por la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Valencia, creado en 1985 y que con vaivenes y altibajos funcionó hasta 1996⁹, el PMRP se concibió como una experiencia iniciada con el propósito de recoger las tendencias más asentadas de política criminal en el derecho comparado (contemplando como referencias la actividad mediadora regulada en países como el Reino Unido, Bélgica o los EE.UU., con niveles de profundización institucional y arraigo social y popular muy notables) y responder a los requerimientos de organismos internacionales (desde Naciones Unidas hasta diversas instituciones de la Unión Europea, y, particularmente, el Consejo de Europa).

La experiencia fue muy positivamente valorada desde sus inicios, lo que impulsó a los responsables políticos a dotarle de continuidad y permanencia. El Decreto 284/2002, de 19 de noviembre de estructuración y reestructuración parcial de varios departamentos de la Generalidad catalana, lo hizo depender del Servicio de Medidas Penales Alternativas, dotando de más medios e infraestructuras al desarrollo del Programa.

Actualmente el PMRP se halla gestionado por la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal del Departamento de Justicia; en tanto que servicio público y gratuito garantiza plenamente el acceso a todos los ciudadanos que lo deseen. De su consolidación y definitiva implantación en la organización de la justicia penal catalana da cuenta el incremento de adhesiones de órganos y partidos judiciales a su Protocolo de actuación y el aumento de demandas oficiadas, particularmente intensos en los tres últimos años¹⁰.

El proceso de mediación tal como está concebido (y ya veremos que no sólo en Cataluña), se puede realizar en tres momentos procesales distintos: antes del juicio; después de la sentencia, previamente a su ejecución; y en fase de ejecución de la sentencia. El impacto que la mediación realiza en el concreto procedimiento judicial viene determinado por el momento procesal en que se realiza y por el concreto contenido de los acuerdos.

El inicio del proceso se verifica de oficio desde el órgano judicial, o a instancia de la Fiscalía, o de las partes o sus letrados; incluso se prevé que la demanda se curse a través de otros canales como centros penitenciarios y servicios técnicos que eventualmente puedan estar atendiendo a las partes (servicio de atención a las víctimas, servicio de medidas penales alternativas, y otros). Recibida la solicitud, el Equipo de

⁹«La mediación reparadora como estrategia de control social». Gema Varona. Comares, 1998.

¹⁰ Ver, en la Memoria del año 2009, su descriptivo gráfico en la página 2.

Mediación, tras contactar y entrevistarse con los implicados, valorará su viabilidad en atención a diversos factores como la voluntad participativa de aquéllos, su capacidad, su nivel de implicación en obtener una solución positiva a su conflicto y el interés de las víctimas en ser reparadas o el grado de responsabilización que esté dispuesto a asumir el infractor.

Las mediaciones que se practican pueden ser, según las circunstancias, directas o indirectas si bien, como después apreciaremos, se observa en los últimos años una tendencia a favor de realizar mediaciones indirectas.

Los acuerdos de reparación contemplan posibilidades que van más allá de la reparación material o económica y se concretan en actividades como la realización de tareas determinadas o la reparación moral-psicológica-relacional: disculpas, explicaciones y/o compromisos de futuro.

Los beneficios para la víctima derivados de su participación en el proceso de mediación son tan amplios o variados como las propias características que cada caso concreto evidencia; sin embargo, pueden describirse aquéllos que con carácter general se detectan a partir de los procesos de mediación: la posibilidad de expresarse, de explicar sus sentimientos, de ser escuchada y respetada; de recuperar su tranquilidad personal, de aprender a elaborar su particular duelo; de ser reparada en la medida y forma que resulte más ajustada a sus personales necesidades. Para el infractor, se aprecia que le permite reflexionar –en un espacio respetuoso– sobre su comportamiento y tomar conciencia de las consecuencias de sus actos sobre un ser humano concreto, sobre la víctima perjudicada por su conducta, cuyas necesidades y expectativas reales tendrá ocasión de conocer. A ambas partes, en suma, se les permite controlar y resolver su propio conflicto. A la administración de justicia, se le dota de una herramienta útil para la individualización de la respuesta judicial, contribuyendo a aumentar su eficacia. El eventual ahorro de trámites procesales y de costes también se baraja como beneficio asociado al proceso de mediación penal, sin embargo, ya veremos cómo no parece reconocerse como tal por los operadores jurídicos que intervienen en los órganos judiciales adheridos al Protocolo. Finalmente, entre los beneficios derivados de la mediación incorporada al sistema de justicia penal para la sociedad, destaca su contribución al acercamiento de la justicia a los ciudadanos favoreciendo, al tiempo, el restablecimiento de la paz social.

El Servicio de Mediación Vasco (SMV), como ya se ha indicado antes, fue creado en julio de 2007 a partir de la experiencia piloto desarrollada en Baracaldo en aquellas fechas que a su vez se nutría de la desplegada hasta aquel mismo año en el Juzgado Penal número 20 de Madrid, cuyos extraordinarios resultados –medidos y valorados en el informe realizado por la profesora Varona que llevamos reseñado– propició la puesta en marcha del servicio en Vitoria-Gasteiz y determinó su consolidación definitiva con los servicios de mediación penal que desde octubre de 2008 funcionan en Bilbao y en Donostia.

El SMV ha sido concebido y organizado desde parámetros de justicia restaurativa, concibiendo la mediación penal como herramienta restaurativa, de carácter alternativo en sus métodos pero engarzada en la estructura del sistema penal, con vocación de servirle de complemento a aquél desde los principios de la justicia restaurativa. Partiendo de tales objetivos, vincula su eficacia al compromiso de los

operadores jurídicos, buscando y propiciando la creatividad y comunicación entre todos para contribuir a su mejora.

El SMV está diseñado para introducir la mediación en las diferentes fases del procedimiento penal, instrucción, enjuiciamiento y ejecución. Más adelante comprobaremos las dificultades que provoca la carencia de regulación legal para su implementación de forma homogénea en el proceso, pese a la confección de protocolos y la asunción de compromisos y acuerdos por parte de los operadores jurídicos que la realizan (fenómeno que igualmente se observa en Cataluña).

El proceso de mediación se desarrolla por medio de las dos clases de mediación que se practican, las directas y las indirectas, aunque como más tarde veremos parece constatarse si no la mayor frecuencia, al menos sí la mayor eficacia y conveniencia de la mediación directa.

En cuanto a los tipos penales, se ha tenido en cuenta la normativa internacional, que no realiza indicaciones expresas en la materia, sólo exige la observación de algunas pautas mínimas de precaución y prudencia para evitar en las víctimas las revictimaciones y eludir el ya nombrado “efecto net-widening” si los proyectos se ciñen a los llamados “casos bagatela”. Es particularmente interesante la evolución del tratamiento de determinados delitos por los SMV; en concreto, los delitos de atentado, en principio excluidos por diversas razones como la presencia de desigualdad institucional entre las partes y una mayor complejidad técnica, que fueron acometidos exitosamente e incorporados al elenco de los tipos susceptibles de mediación, y los delitos de violencia de género en los que la tendencia sufrida parece que ha sido la contraria; así, desde elementales reglas de prudencia y criterios restrictivos, se consideró la posibilidad de mediar en aquellos hechos tratados como tales aunque no tramitados en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en los que no se apreciaba que la violencia ejercida por el infractor constituyera manifestación de discriminación y opresión machista. Las dificultades que en la práctica de los SMV se han revelado y que han imposibilitado su ulterior desarrollo no han tenido que ver con las derivadas del comportamiento de los intervinientes en el proceso y su aceptación, sino con las resultantes de la aplicación de la medida de alejamiento (inevitable consecuencia de la sentencia condenatoria que sigue al reconocimiento de los hechos, a la que se hará referencia en el epígrafe 4.6) cuando se deseaba pactar las reglas de contacto o convivencia entre los mediados. Los únicos tipos penales sobre los que, hasta la fecha de emisión del último informe, no se ha practicado la mediación por los SMV son los delitos contra la salud pública.

Es muy destacable, y así se refleja en los informes, que los pasos –todos ellos protocolizados- que se van dando desde el inicio del proceso de mediación atienden fundamentalmente al objetivo básico de proteger y amparar los intereses de las víctimas: desde que el primer contacto se realice con el infractor hasta el contenido mismo de los mensajes que se envía a ambos intervinientes y a los letrados.

Quizá los únicos puntos sobre los que en los informes que venimos manejando, se evidencia la necesidad de mejorar son los relativos al seguimiento del proceso una vez que se ha alcanzado un acuerdo y sobre el modo en que se ha de llevar en cada caso, a los autos, la resolución judicial que corresponda. Sobre ello se volverá más adelante.

Reflejados explícitamente en los dos informes realizados a instancia del gobierno vasco por la profesora Varona, que llevamos ampliamente mencionados en este documento¹¹, cabe mencionar los beneficios que el desarrollo de la mediación en el SMV representa para las víctimas, los imputados, la administración de justicia y la sociedad en general.

Para las víctimas, se destaca la participación activa en la resolución del conflicto, concretado en la certeza de que van a poder expresar con la libertad y amplitud que deseen sus sentimientos, y que van a ser escuchadas; la aminoración de la victimización secundaria, al mejorarse notablemente el trato recibido y conseguir mitigar de tal forma los daños emocionales y la sensación de pérdida que siguen al acontecimiento sufrido, y su reparación que incluye la recepción de disculpas y la compensación material por los daños causados. De nuevo en este punto se refleja en los informes la necesidad de controlar el grado de cumplimiento del acuerdo adoptado, especialmente en las actividades cuya conclusión se dilata en el tiempo. En este sentido, se ha de procurar un mayor grado de colaboración y coordinación con los servicios de atención a los intervinientes en el proceso penal, a los que más adelante se hará mención: SAV (Servicio de Asistencia a la Víctima), SAOS (Servicio de Asistencia al Detenido) y SAER (Servicio de Asistencia a la Reinserción).

Es de resaltar el grado de satisfacción de las víctimas medido en los informes, que evidencia que el 75% de ellas se muestra satisfecha o muy satisfecha con el proceso de mediación.

Para el infractor, se mencionan los siguientes beneficios: su participación responsable en la resolución del conflicto; la aminoración de la desviación secundaria, esto es, su no estigmatización, lo que implica la reducción de la agresividad y la restauración de su imagen interna como persona capaz de reparar¹²; la reducción de la reincidencia, cuya constatación no puede predicarse de manera definitiva, pero que sin embargo se infiere como consecuencia directa de dos actitudes a que aboca la participación en un proceso de mediación: la reflexión sobre el sufrimiento causado a la víctima y la adquisición de habilidades para resolver pacíficamente los conflictos; y la evitación de la prisión, como resultado de la aminoración de la pena. También se refiere un último beneficio en este apartado: la mayor rapidez en la respuesta penal; sin embargo, se trata de un efecto no contrastado que sistemáticamente quizá debería haberse situado entre los beneficios para la administración de justicia en general.

El grado de satisfacción de los infractores medido en los informes arroja la cifra del 80%.

Para la administración de justicia, se destacan cuatro beneficios asociados a la mediación penal: el desarrollo de un modelo de intervención consensuado y consistente; la humanización en el trato a los justiciables (en cuyo apartado se incluye en el informe el ahorro en los costes); la disminución en la carga de trabajo: un aspecto éste sobre el

¹¹ Que denominaremos abreviadamente en lo sucesivo GV.1, el relativo a la evaluación del SMP de Baracaldo, de 2007, y GV.2, a la evaluación de la actividad de los Servicios de Mediación Penal desde octubre de 2008 a septiembre de 2009.

¹² Sobre este aspecto, sin embargo, no se realiza más que una única mención en el GV.1 y no vuelve a hacerse referencia alguna en el GV.2.

que volveremos más adelante; y el aumento de la confianza en la justicia por parte de la comunidad.

Para la sociedad en general, se consideran tres importantes beneficios derivados de la mediación; por un lado, la facilitación del restablecimiento de la paz social, quebrada por la infracción penal; es cuantitativamente importante destacar en este punto que entre los supuestos mediados la relación de conocimiento previa entre las partes ronda el 60%, y que existe un importante porcentaje, el 34%, de personas con el doble rol de víctimas e infractores, lo que otorga una particular relevancia a su posible reconciliación; por otro lado, es muy destacable el efecto pedagógico que la mediación implica, de carácter multiplicador, por la adquisición y práctica de técnicas en la gestión pacífica de los conflictos; finalmente se destaca el acercamiento, más ágil y próximo, de la administración de justicia a la sociedad.

2.5. BALANCE CUANTITATIVO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA

El número total de Juzgados que hace mediación penal conforme a los datos del CGPJ cerrados al segundo semestre de 2009 es de 170, distribuidos del siguiente modo:

- Audiencias Provinciales, 13 (8%)
- Juzgados de instrucción, 118 (69%)
- Juzgados de lo Penal, 36 (21%)
- Juzgados de violencia sobre la mujer, 3 (2%)

De ellos, están situados en Cataluña 80 (48%) y en Euskadi 37 (22%). Es decir, sólo Cataluña y Euskadi representan conjuntamente el 70% del total de órganos judiciales que hacen mediación penal. El 30% restante (54) está localizado en Andalucía (12); Aragón (1); Castilla-León (16); Comunidad valenciana (7); La Rioja (4); Madrid (11) y Navarra (3).

El tiempo en el proceso de mediación

El proceso de mediación siempre se inicia de oficio o a instancia no sólo de las partes, incluido el Ministerio fiscal, sino un amplio elenco de entidades, desde asociaciones hasta instituciones o servicios penitenciarios.

El informe de actividad de las experiencias piloto en mediación penal realizadas durante el periodo de 2005 a 2008 (SPCGPJ), y la Memoria del SVM hacen referencia a las tres fases básicas por las que discurre el proceso de mediación penal: la fase de acogida y encuentro dialogado, la fase de acuerdo y la fase de reparación¹³.

En las experiencias de mediación analizadas en el primero de dichos documentos, desde la derivación al Equipo de Mediación hasta la finalización del proceso, la duración media fue de 29 días. Las dificultades para localizar a las personas implicadas y fijar las entrevistas individuales y conjuntas puede retrasar ligeramente el proceso. En los casos en que existe una relación familiar o personal de otra naturaleza

¹³ Ver epígrafe 3.

entre las partes, es previsible que el proceso dure más porque suele requerir más entrevistas individuales y más encuentros dialogados.

La duración máxima del proceso de mediación en el SMV se ha fijado en dos meses, con posibilidad de prórroga, desde la derivación por el órgano judicial al Equipo de Mediación. Los informes reflejan que, en Euskadi, el tiempo medio en el 75% de los procesos de mediación se sitúa entre uno y dos meses.

Los datos nacionales que se desprenden de los recabados por el CGPJ sitúan en más del 88% el porcentaje de mediaciones cuya duración no supera los noventa días; esto es, como en los anteriormente contemplados, el término establecido parece suficiente sin necesidad –salvo casos muy puntuales- de ampliaciones.

Un índice medido únicamente en el informe de los programas-piloto, que estimamos muy relevante, es el que hace referencia a la relación entre el tiempo transcurrido desde la producción del hecho y el éxito en las mediaciones. En los casos en que transcurrieron menos de diez semanas, los acuerdos fueron posibles en un 52,5%. El mayor índice de mediaciones finalizadas con acuerdo se alcanza cuando han transcurrido entre 30 y 39 semanas desde la ocurrencia de los hechos: el 65%. Este dato parece sugerir que el transcurso de un determinado lapso temporal entre el hecho y el inicio del proceso de mediación, lo facilita. Parece, pues, que no es recomendable una intervención demasiado cercana a los hechos que impida a los intervinientes una reflexión serena sobre lo acontecido, ni tan tardía que carezca de interés para ninguno de ellos. Una media de nueve meses parece ser el tiempo indicado para emprender el proceso y satisfacer las necesidades reales de las partes implicadas sin precipitaciones ni dilaciones que lo conviertan en estéril y hasta contraproducente.

Evolución de los expedientes derivados a mediación

Según el documento del CGPJ, a nivel nacional, se derivaron a mediación en el primer semestre de 2009 un total de 1763 asuntos, y se cerraron 1342, es decir, el 76,5%.

En Cataluña, ya en 2008 se computaron 909 expedientes, de los que finalizaron 880. El incremento en 2009 fue notable, el número fue de 1224, casi un 35% más. Creemos destacable observar que al crecimiento de las demandas en 2009 no le acompaña un incremento paralelo de los programas finalizados, de manera que los 315 asuntos de incremento en 2009 respecto de 2008 no se han enjugado¹⁴.

En Euskadi, en 2008, se derivaron 393 expedientes, y fueron cerrados 302, de los que se medió en 207, llegándose a un acuerdo en el 80% de ellos. De los 950 expedientes derivados en 2009 fueron cerrados 862, de los que finalizaron con mediación 607 (más del 70%). El incremento de 2008 a 2009 ha sido también muy importante (de 393 asuntos a 1046): hay que tener en cuenta que los Servicios de Mediación en Bilbao y Vitoria empezaron a funcionar en Octubre de 2008.

En el informe del SPCGPJ se detalla que en las experiencias iniciales, debido a su propia naturaleza y características en tanto que programas piloto y también a la

¹⁴ Este fenómeno se visualiza muy bien en el gráfico que contiene la página 2 de la memoria de 2009.

complejidad que implicó poner en marcha el protocolo de intervención para los operadores jurídicos, un instrumento nuevo y extraño hasta entonces en el proceso penal, fueron pocos los asuntos derivados: 310. De las mediaciones que pudieron comenzarse (el 60% de las derivadas) concluyeron con acuerdo el 71% siendo superior en los delitos, el 50%, que en las faltas, 31 46%.

Procedencia

En Cataluña, es abrumadora la procedencia judicial de los asuntos derivados (68-69% en ambos años); sólo 2 sobre 845, en 2008, y ninguno en 2009 lo han sido desde la Fiscalía.

En Euskadi, según ya se ha dicho y se desprende de la Memoria de 2008, cabe iniciar el proceso por el órgano judicial (Juez o Secretario Judicial) de oficio, pero también a solicitud de cualquiera de las partes, incluyendo al Ministerio fiscal, o de los Servicios de Mediación u otras entidades en alguna medida interesadas o colaboradoras. Sin embargo, nada se indica sobre la concreta procedencia de la derivación en ninguna de las dos Memorias.

En las experiencias piloto desarrolladas entre 2005 y 2008, la derivación a mediación se realizaba desde el órgano jurisdiccional, previo informe favorable del Ministerio Público; también en algún caso se inició a instancia de otras instituciones o personas físicas.

Viabilidad

A nivel nacional, el 37% de los asuntos que se derivan no resultan viables. Llama la atención que de ellos, casi el 80% se deba a diversas incidencias relacionadas con la víctima (por no localizarla; por su incomparecencia o porque no lo desea).

En Cataluña, la tendencia es al descenso, de un 58% a un 46%, en los porcentajes de viabilidad de 2008 a 2009¹⁵. Del número de asuntos inviables, el 38% se atribuyó a incidentes relacionados con la víctima y el 18%, al imputado (porcentaje éste que ascendió en 2009 al 25%).

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

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

Resultado del proceso

¹⁵ Según datos de los informes de evaluación de ambos años.

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

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

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

Contenido del acuerdo

En Cataluña, de los asuntos cerrados con acuerdo, los de contenido económico representan poco más del 10%; los de tipo personal y relacional supusieron un 73% en 2008 y un 86% en 2009.

En Euskadi, los acuerdos con contenido económico suponen un 9%, ambos años. Del resto de los contenidos destacan las disculpas formales (36%, en 2008; 23%, en 2009); la renuncia de acciones civiles (alrededor de un 20%); y el compromiso de no reincidir (un 10%).

En el informe del SPCGPJ, las fórmulas de reparación fueron muy variadas, aunque todas estaban dirigidas a un mismo objetivo: que las víctimas recuperaran la confianza y la tranquilidad personales; de ahí que resulte mayoritaria la petición de disculpas (29,5%) y el abono de las indemnizaciones (13,5%). Se reflejan también en el informe otras fórmulas reparatorias como la derivación a tratamiento terapéutico, la realización de servicios comunitarios, o el compromiso de respeto mutuo o de que los hechos no se repitan. La reparación efectiva se consiguió totalmente antes del juicio en el 79% de los casos y parcialmente en el 12%. Es decir, en el 91% de los casos la víctima obtuvo, antes del dictado de la sentencia, una reparación. La cifra es tan rotunda que no merece más comentario, especialmente si se compara con lo que acontece en el procedimiento penal convencional.

Procedimiento y tipos delictivos

De los datos nacionales que recoge el documento del CGPJ relativos – recordemos- al primer semestre de 2009, se constata que los delitos mediados representaron el 66% y las faltas, el 34%.

Según el informe de los programas-piloto, de los hechos en los que se medió, el 57% se calificó como falta y el 43% como delito. Entre los tipos, el mayor número correspondió a las lesiones (34,5%), las amenazas (25%); las infracciones en el ámbito familiar (18%), las injurias (9%) y los robos (9%).

En Cataluña¹⁶ la mayoría de las mediaciones se vienen realizando en juicios de faltas y diligencias previas. En cuanto a los tipos penales que más son objeto de derivación, en las Memorias no se distingue entre delito y falta. En 2009, los casos derivados por delito aumentaron respecto de 2008 un 2%, pasando del 28% al 30% y disminuyendo correlativamente las faltas en la misma proporción¹⁷. Las principales infracciones mediadas fueron las lesiones y contra el patrimonio, 24% en ambos casos; contra las relaciones familiares, el 17,53% y contra la libertad, el 17%.

En Euskadi, el porcentaje de delitos mediados en 2008 representó el 29% (consecuentemente, el de faltas fue el 71%), destacando las lesiones (41%), fundamentalmente referidas a maltrato familiar y los delitos contra la propiedad (12%); respecto de las faltas, se medió especialmente en las relativas al incumplimiento de las relaciones familiares (20%), lesiones y maltrato de obra (20%) y amenazas (17%). En 2009 los delitos mediados representaron el 36% (descendiendo correlativamente en las faltas, a un 64%). Respecto de las causas por delito mediadas destacan las lesiones, los delitos contra el patrimonio y los daños (respectivamente alrededor del 40%; el 29% y el 12%). Resulta particularmente destacable el tratamiento dado en Euskadi a los delitos de violencia doméstica y los delitos de violencia sobre la mujer. Conforme consta en el capítulo 2 del informe de 2008, la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia del gobierno vasco venía interpretando lo establecido en el art. 87 ter, 4 y 5 de la LOPJ después de su modificación por la LO 1/2004 en el sentido de que sólo estaba vedada la mediación en aquellos asuntos de los que conocen los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y en ningún caso si los hechos no constituyen expresión de violencia de género; por lo tanto se venía entendiendo que cabía hacer mediación en los asuntos que sean por tal motivo remitidos al órgano judicial competente (hemos de leer, en su mayoría, a los Juzgados de instrucción) y en todo caso, cabría mediar en todos aquéllos que sean de la competencia de los Juzgados de lo Penal. De esta manera, en Euskadi, se inició el proceso de mediación respecto de delitos de violencia doméstica, que representaron el 14% del total, y en dos localidades concretas, Baracaldo y Vitoria, se derivaron a mediación 4 delitos de lesiones en violencia de género. También se estiman relevantes los datos relativos a las faltas: se medió en 19 asuntos de violencia doméstica y en 3 (de nuevo en Baracaldo) de violencia de género.

Clases de mediación

En Euskadi, en ambos años, la mediación directa se sitúa en poco más del 50% del total.

En Cataluña, no se menciona este dato en las Memorias. Sin embargo, en los informes de evaluación tantas veces citados sí se expresa que en 2008, la mediación directa o conjunta representó el 73% y en 2009 descendió al 61%, es decir, se observa un incremento de las mediaciones indirectas en el año 2009 cifrado en más de 12 puntos.

En el informe del SPCGPJ, el 60% de los casos mediados se desarrolló sin encuentro entre las partes; en el 40% restante se practicó la mediación directa, y en más de tres cuartas partes de ellos no se precisó más de una sesión.

¹⁶ Según datos de los informes de evaluación.

¹⁷ Siguiendo, también aquí, los datos de los repetidos informes de evaluación.

Caracteres de los intervinientes

En Cataluña, durante el año 2008, el número total de usuarios de los servicios de mediación fue de 1503; de los 708 imputados, el 69% eran varones; de las 795 víctimas, el 58% eran también varones. En 2009, el total de usuarios fue de 1548¹⁸; de los 661 imputados, también la mayoría eran varones, el 67%; y de las 730 víctimas, poco más de la mitad, el 52% eran varones.

En Euskadi los datos personales recabados de los intervinientes son mucho más numerosos, aunque no se distingue entre víctimas e imputados. Sabemos que en 2008 se atendió a 697 personas, y las mediaciones formalizadas afectaron a 532 personas, el 61% fueron varones y, consecuentemente, el 39%, mujeres. En 2009, de un total de 1997 usuarios¹⁹, el 64% eran varones y por lo tanto el 36%, mujeres.

El informe de los programas-piloto no se realizó con la totalidad de los intervinientes sino a partir de una muestra representativa cifrada en 608 personas. De ellos, en ambos roles, la mayoría eran varones, el 65%, frente al 35% de mujeres, situados en una franja de edad de entre los 25 y los 44 años.

El número de programas realizados con personas jurídicas en Cataluña ha descendido: de 47 en 2008 a 28 en 2009. En Euskadi, contamos con datos sólo del año 2009, y la cifra fue de 52.

La existencia de relación personal previa entre imputado y víctima (bien familiar, laboral o del entorno más cercano) es mayoritaria. En Cataluña, en 2008 representó el 56% de los casos y en 2009, el 61%. En Euskadi hay datos del año 2008, situándose en el 60%. A nivel nacional, el porcentaje desciende al 37%. En el informe del SPCGPJ, más del 77% de los asuntos objeto de mediación tenía su origen en conflictos derivados de relaciones previas entre las partes.

Hay datos de carácter personal recopilados en Euskadi, en la Memoria de 2008, que creemos interesante reseñar; así, el porcentaje de españoles, el 87%; el que las franjas de edad mayoritaria en los intervinientes estén en los 31-40 años (28%) y 18-25 (15%); que un 46% de ellos sean trabajadores por cuenta ajena; que más del 40% tenga un nivel de estudios medio (formación profesional y educación secundaria) o que más de la mitad esté situado en un nivel socioeconómico entre bajo y medio (de 600 a 1200 euros al mes); el nivel más alto (a partir de 2.500 euros al mes) sólo representa el 1,88%.

Por su parte, el informe de los programas-piloto de mediación, nos informa de que la inmensa mayoría de víctimas y acusados protagonistas de los procesos de mediación eran españoles, lo que resulta llamativo teniendo en cuenta que la ausencia de extranjeros en las experiencias de mediación no es proporcionada con el número de procedimientos que se ven en nuestros Juzgados y Tribunales en que intervienen como infractores o como víctimas personas no nacionales de España. El 84% de los infractores carecían de antecedentes penales y el 84,5% no había tenido relación con el

¹⁸ Un incremento respecto de 2008 no proporcionado con el incremento del número de asuntos que en el mismo año fue de casi un 35%.

¹⁹ Aquí, el incremento observado de 2008 a 2009 sí resulta proporcional con el número de casos mediados.

consumo adictivo de sustancias estupefacientes. Las víctimas con un nivel educativo superior (bachiller o estudios universitarios) representan el 42%, mientras que en los infractores el porcentaje desciende casi a la mitad, el 24%. El porcentaje de quienes carecen de estudios es superior entre los infractores, el 7%, frente al 3% de las víctimas. Entre los infractores existe asimismo un mayor porcentaje de personas de clase media-baja (el 36%) que entre las víctimas (el 28%). También en la clase baja: el 16% frente al 12%. Por el contrario, las víctimas de clase media representan el 14% frente al 6% de los acusados. Respecto de sus ocupaciones habituales parece relevante que tanto acusados como víctimas tengan profesiones humildes y de baja cualificación (albañil, peluquera, jubilado, taxista, camarero...).

Impacto jurídico

En Cataluña, según se reconoce en el informe de evaluación de 2009, no se ha diseñado un sistema de recogida de datos que permita evaluar este extremo. De hecho, en la Memoria de 2008 no se menciona; respecto 2009, en la Memoria (f.16) hay una breve alusión a algunos datos parciales. Así, de 50 programas examinados, en 30 se produjo un cambio en la calificación fiscal; 14 finalizaron con sentencia absolutoria, en 4 con sentencia de conformidad; en 1 se apreció la atenuante del 21.5 CP muy cualificada y finalmente en 1 se obtuvo la progresión a tercer grado.

En Euskadi se cuenta con más datos. Así, es de destacar que en 2008, de 325 casos, el 49% finalizó con Sentencia condenatoria; en el 25% fue absolutoria y el 16% con su archivo. En 2009, las sentencias condenatorias descendieron al 36%; las absolutorias supusieron el 24% y el archivo de la causa representó el 37%.

En el informe sobre los programas-piloto de mediación penal, en el 68% de los casos analizados se aplicó la atenuante de reparación del daño muy cualificada y en el 32% la atenuante simple. La suspensión de la pena privativa de libertad se otorgó en el 85% de los casos mediados; en el 11,5 % de ellos, la pena fue sustituida y en el 3,5% restante se impusieron trabajos en beneficio de la comunidad. En ningún caso el condenado ingresó en prisión.

2.6. BALANCE CUALITATIVO: EL IMPACTO DE LA MEDIACIÓN

PENAL

2.6.1. Imputados y víctimas.

Para el desarrollo de este apartado se tomarán en cuenta los dos informes de Gema Varona que hemos llamado abreviadamente GV1 y GV2, referidos a los Servicios de Mediación Penal en el País Vasco en los años 2007 a 2009, respectivamente; los resultados de la encuesta de satisfacción realizada a los usuarios del SMP del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, del año 2008 y por fin, el informe del Servicio de Planificación y Análisis del CGPJ (SPCGPJ), de la actividad mediadora en el ámbito territorial ya expresado, durante los años 2005 a 2008²⁰.

²⁰ Su análisis comparativo se ha tratado de conjugar para obtener un resultado homogéneo partiendo del hecho cierto de que nos hallamos ante documentos diferentes, porque distinto es su ámbito temporal y cuantitativo, y sus objetivos y propósitos, en los términos que se han explicado en el epígrafe 1 de este documento.

Para elaborar el informe del SPCGPJ, se trabajó con una muestra de 310 casos, interviniendo 608 personas, el 96% a título individual y el resto en nombre quienes actuaban como representantes. El porcentaje de hombres superaba, tanto en el rol de infractores como en el de víctimas, al de mujeres (65% frente al 35%, respectivamente), situados la mayoría en una franja de edad de entre los 25 a los 44 años.

En Cataluña, el estudio cualitativo se realizó sobre 86 encuestados. Hay que tener en cuenta este dato y contrastarlo con el que consta en la Memoria del Servicio de Mediación Penal catalán en 2008, que computó aquel año un total 909 demandas. Por otra parte, desconocemos cómo se desarrolló el proceso de selección de los encuestados, si existió un protocolo y en su caso cuáles fueron los criterios manejados, o si la participación de los diversos encuestados se debió al azar. Lo que sí se refleja en el documento es que sólo se encuestó a quienes finalizaron el proceso de mediación; el 48%, víctimas; el 29%, imputados; el 14%, de doble rol; mayoritariamente hombres (53%), de edades comprendidas entre 26 y 45 años (60%), que contactaron con el SMP a través del Juzgado (60%).

Para describir el impacto de la mediación penal en el ámbito de Euskadi, el número de personas intervinientes fue 598, relacionadas con 315 infracciones; se telefoneó a 728 (en 5 intentos) y manifestó su deseo de participar el 73% del total. De ellos, en su mayoría hombres (el 65%), 250 fueron víctimas (el 42%), 239 imputados (el 40%) y 109 de doble rol (el 18%). Los principales motivos que les impulsaron a participar en el proceso de mediación fueron: considerarlo mejor que el juicio (41%); solucionar mejor el problema (23%); y la indicación de terceros: el juez, el mediador, el abogado, el SAU, a veces bastaba con saber que la otra parte había aceptado; nunca la fiscalía (16%). Es interesante reseñar otras respuestas²¹ que permiten percibir más certeramente las expectativas de los intervinientes y por ende, contrastar mejor también su grado de cumplimiento. Así, otras razones que les impulsaron a participar se referían a escuchar y ser escuchado (6%); fomentar la integración social y la responsabilización (5%) y la curiosidad por probar algo nuevo (2%). Se valora como muy destacable que nadie refiera sentimientos como el rencor o el deseo de venganza.

Percepciones generales

Entre los aspectos positivos de la participación de los encuestados en Cataluña²² para casi todos (92%) el proceso de mediación ha respondido a sus expectativas y ha mejorado su visión de la Justicia (83%), al tiempo que les ha servido para comprender mejor los motivos del conflicto (92%) y a la otra parte (82%). El 92% manifestó haber podido actuar y manifestarse libremente.

²¹ En el informe GV.2 -cuya lectura resulta altamente recomendable-, se incluyen extractos de las respuestas dadas que apoyan los anteriores datos, porque las preguntas eran abiertas. Además de importante para apreciar los matices, algunas respuestas permiten constatar el grado de implicación y la enorme valía de los participantes, que a menudo hacen gala de un sentido común y una franqueza admirables. Lo mismo cabe decir de las respuestas obtenidas de los demás partícipes contenidas en este capítulo, especialmente las brindadas por los mediadores en el capítulo denominado “grupo de discusión”, págs. 203 y ss.

²² El informe realizado en Cataluña se refiere a imputados y víctimas, sin diferenciar entre ellos, ni tampoco atender a sus diversos roles; tampoco menciona a otros participantes en el proceso de mediación. Por ello sus datos sólo han tenido cabida de manera parcial en este epígrafe.

En Euskadi se destaca por los encuestados de manera sobresaliente la actuación de los mediadores (29%), seguido de la posibilidad de llegar a una solución eficaz (12,5%), o de poder explicarse y ser escuchado (10%); por otra parte, no saben o no contestan un 20%.

Vale la pena detenerse en la valoración que en concreto merecen los mediadores del SMP vasco, calificada por los usuarios del Servicio como “muy buena” y “buena”: el 90% de los 595 entrevistados así lo expresó (las valoraciones en que se distribuyó el 10% restante estaban entre “normal -6%-, regular -3%- y mala -1%-). Más del 97% opinó que las explicaciones que recibieron fueron “buenas” (las otras opciones por que podían elegir eran “regular” y “malas”) cuando se les preguntó si fueron bien escuchados y si se sintieron protagonistas del proceso. El porcentaje se situó en el 99,5% cuando se refirieron al respeto que les mostraron, y al responder negativamente a la pregunta sobre eventuales presiones para llegar a un acuerdo. Excepcionalmente no faltó quien recriminó a los mediadores la presión o insistencia ejercida para alcanzar un acuerdo, el tiempo excesivo (o, curiosamente, la premura) del proceso para llegar a un acuerdo, o la falta de imparcialidad al detectar en el mediador una mayor comprensión hacia el infractor. No se aprecian diferencias notables en las respuestas recibidas en función de la disposición a colaborar del encuestado, la clase de mediación realizada o la obtención o no de un acuerdo.

También en Cataluña, más del 90 de los encuestados manifiesta haberse sentido respetado por el mediador.

Entre los aspectos negativos (o mejorables), en Cataluña, el 11% dijo haberse sentido presionado por la situación, por la otra parte o por el mediador (sólo en un caso). En Euskadi, resulta llamativo el porcentaje de quienes no saben o no contestan (el 65%); la minoría que sí ofrece respuestas diversas señala la actuación de los mediadores, en los términos indicados el anterior párrafo; la falta de vinculación jurídica del acuerdo y la incertidumbre hasta conocer la decisión del fiscal y del juez al respecto; la celebración del juicio (que se percibe superflua) y la inadecuación del acuerdo con quien ha de cumplirlo, lo que en más ocasiones de las debidas ocasiona su incumplimiento; en esta misma línea se reprocha la falta de control sobre el cumplimiento del acuerdo y la escasa información que sobre los avatares de tal cumplimiento recibe la víctima.

Sobre las razones por las que no se alcanzó –en su caso- un acuerdo, el común denominador es que siempre se achacan a la otra parte. Las principales fueron, según los intervinientes, las diferencias sobre la clase y cuantía de la reparación; la falta de voluntad para continuar el proceso y el no reconocimiento de los hechos.

Preguntados acerca de si repetirían la experiencia o la recomendarían a terceros, en Cataluña, el 98% responde afirmativamente a ambas cuestiones (matizando, en la segunda, un 26% con un “depende”). En Euskadi, contestan que sí el 79% de las víctimas y el 81% de los infractores; que no, el 4 y 3,5 %, y depende del caso, el 17 y el 15,5%, respectivamente. En 2007 esta pregunta –referida a la recomendación a terceros- se realizó separadamente a víctimas e infractores. Mientras que de éstos últimos, todos la recomendarían, entre las víctimas la proporción fue de 4 sobre 6 (el 67%).

Finalmente, resulta interesante el resultado del seguimiento que se realizó en esta batería de entrevistas realizadas en 2009 a quienes habían sido encuestados en 2007: incluso quienes no quedaron satisfechos entonces recordaban lo positivo del trato con los mediadores (no así respecto de jueces, abogados o fiscales). El recuerdo más negativo hacía referencia, en las víctimas, al eventual incumplimiento del acuerdo.

Percepciones por roles.

- Infractores (o doble rol).

En los informes referidos al SMV, las respuestas de los infractores en relación con las víctimas hacían especial énfasis en que la experiencia les sirvió para entender mejor sus sentimientos. Lo mejor del proceso fue para ellos evitar el juicio y lo peor, tener que encontrarse con la víctima.

En el GV.2, sobre 348 imputados, el 36% afirmaba que su participación en la mediación le ayudó a entender el daño causado y comprender cómo se sintió la víctima. El 26% admitió haber provocado daños; el 23% dijo no saberlo, y el 15% afirmó rotundamente que no.

La inmensa mayoría de los imputados percibe que el acuerdo fue justo. Sólo unos pocos disienten afirmando su superficialidad o poniendo en duda su virtualidad en el futuro, sin embargo, también un porcentaje amplísimo (91%) se declara dispuesto a hacer cuanto sea posible para cumplir el acuerdo en todos sus términos.

Víctimas (o doble rol).

En los informes realizados en Euskadi, las víctimas aparecían tranquilas, seguras y espontáneas en sus respuestas. Sobre el acusado manifestaron no tener opinión definida, aunque con relación a la administración de justicia, todas indicaron que, tras la mediación, su imagen había mejorado. Respecto del proceso de mediación lo valoraban positivamente porque no se pasa por un juicio y porque termina pronto. En cuanto a los resultados obtenidos, valoraban especialmente la tranquilidad que proporcionaba más que las consecuencias económicas. En concreto, en el informe de 2009, sobre 359 entrevistados, para el 80% cambió a mejor su visión de la justicia. En relación con la percepción del acuerdo, sobre 292 entrevistas (se realizó sólo con las víctimas que habían llegado a un acuerdo), para el 74% fue justo; para el 10% no lo fue. En el aspecto en que las cifras difieren más es en la percepción de haber sido reparado: sobre 292 respuestas, la positiva alcanza el 58%, mientras que el 16% opinó no haberlo sido.

El informe del SPCGPI centra su mirada exclusivamente sobre las víctimas. Las experiencias permitieron constatar que no son vindicativas y que su interés por ser reparadas no se reduce exclusivamente al aspecto económico. Se detectó también que las víctimas acuden al proceso de mediación con sentimientos intensos y muy negativos como miedo, dolor, rabia, impotencia, cansancio, nerviosismo, desamparo, depresión; que por medio de su intervención en el proceso de mediación pretenden alcanzar objetivos que no resultan posibles en el proceso penal convencional como recuperar la tranquilidad y la seguridad personal o disfrutar de una convivencia en paz, obtener atención psicológica, recibir disculpas y reconocimiento del daño causado, conocer los

motivos que movieron al infractor a convertirla en víctima de su comportamiento, evitar el juicio y finalizar cuanto antes el procedimiento judicial. Muchas se conforman tan sólo con ser escuchadas. También se constata que en numerosos casos tales objetivos, e incluso otros no pretendidos, fueron logrados, y que incluso en aquéllos en que no fue posible lograr el fin pretendido, la mediación se reveló como una herramienta eficaz para satisfacer los intereses de las víctimas sin detraer por ello derechos y garantías al infractor, y en suma, para mejorar la imagen de la justicia entre los ciudadanos implicados.

2.6.2. Operadores jurídicos.

El contenido de este apartado se deriva del resultado de diversas encuestas -tanto las de los informes de la profesora Varona realizadas en torno al Servicio de Mediación Penal de Euskadi, como las de este Grupo de Investigación que abarcaron todo el territorio nacional- que, creemos, constituye una muestra ilustrativa, actual y de primera mano, suficientemente representativa del conjunto de los intervinientes institucionales en el proceso de mediación.

Los Jueces.

Los sucesivos informes de los servicios de mediación en el País Vasco, que abarcan un lapso temporal de tres años, muestran la presencia de un consenso afianzado en torno a los aspectos positivos de la mediación penal: la implicación y participación activa de la víctima, los mejores pronósticos de reinserción para los infractores y la humanización del proceso. Parecida unanimidad se produce al referirse a sus aspectos negativos: el repetido y recurrente lamento por la ausencia de regulación legal, y el desajuste entre las expectativas que genera y la realidad -más limitada, más prosaica- que en ocasiones impone el propio devenir del proceso penal. La modificación gradual del sentido de las respuestas dadas por los Jueces a lo largo del tiempo constata con toda claridad en relación con la viabilidad de la mediación penal en el enjuiciamiento de los delitos graves. Si en 2007, en el ámbito de la justicia en el país vasco, se apreciaban notables inconvenientes sobre su admisión, en el informe de 2009 se manifestaban a favor las dos terceras partes de los Jueces encuestados. La misma proporción arrojan las respuestas a la encuesta realizada por este Grupo de Investigación: dos tercios del total de encuestados entiende factible la mediación penal aplicada al enjuiciamiento de delitos graves y, lo que es igualmente destacable, prácticamente la totalidad considera lo mismo respecto de los delitos de violencia de género.

Por lo demás, los datos recogidos de nuestra consulta confirman los obtenidos en el informe de la profesora Varona. Así, los aspectos positivos de la mediación que más se mencionan son, respecto de las partes, la satisfacción que proporciona a la víctima y la responsabilización activa a que aboca al infractor; para la administración de justicia es ventajosa porque la acerca al ciudadano y mejora su imagen. Los aspectos negativos que más frecuentemente se indican son, además de la repetida ausencia de regulación legal-, el carecer de mecanismos que la propicien (como el principio de oportunidad), la actitud de muchos abogados que no se implican y temen perder el control del pleito; en relación con los intervinientes, la falta de interés (quizá por el tiempo transcurrido desde los hechos) y la dificultad de localizarlos (probablemente también por lo mismo).

En general, las respuestas de los jueces a nuestra encuesta desprenden una actitud muy positiva hacia la mediación, matizada por la necesidad de su regulación legal y enmarcada en una sensación de fracaso y colapso del sistema de justicia penal actual.

Los Fiscales.

En el primero de los informes de los servicios vascos, en 2007, se evidencia – sobre todo si se contrasta con la actitud de los jueces- un posicionamiento más crítico de los fiscales frente a la mediación, pero ello no obsta para que se consideren en general partícipes de un proyecto ilusionante y positivo llamado a incidir en su futura regulación legal. Las principales ventajas que perciben para los intervinientes son el acercamiento de la justicia al justiciable y la participación activa de las partes; para la administración de justicia, evitar trámites dilatados y costosos. Los principales inconvenientes los encuentran en general, como todos los demás operadores jurídicos, en la ausencia de regulación legal, y en concreto en su eventual incompatibilidad con el principio de legalidad. Pese a manifestar puntuales problemas de relación con los mediadores, resulta destacable que los valoran muy positivamente (en número y grado superior a los jueces).

Dos años más tarde, en el informe de 2009, a los aspectos positivos destacados por los fiscales dos años antes, se añaden varias novedades interesantes, como la innovación que implica para el sistema penal y su eficacia como vía para promover la comunicación especialmente entre conocidos no empáticos. Entre los aspectos que valoran como negativos de la mediación en el proceso penal, a los ya indicados años antes, añaden dos novedades: su posible instrumentalización por las partes (especialmente por el infractor) y su efecto dilatorio sobre el curso del procedimiento penal.

En lo que se refiere a su viabilidad en el tratamiento penal de los delitos graves, se aprecia una evolución notabilísima: de no mostrarse en principio receptivos a tal idea, dos años después, 5 sobre 6, aun con matices, la admiten como posible.

Finalmente, destaca una cierta regresión en su valoración de las relaciones con los mediadores: de buena pasa a considerarse normal.

De la lectura de la encuesta elaborada por este Grupo de Investigación en relación con los aspectos cualitativos de la actividad desplegada por los fiscales consultados en torno a los procesos de mediación en que intervienen, se desprende una actitud general poco satisfecha no tanto con la mediación cuanto con el concreto papel que han de desempeñar durante el proceso.

Las principales ventajas las centran en las víctimas, en la posibilidad de ser oídas, de participar activamente en el proceso, y de ser reparadas. También se perciben –aunque entienden mayoritariamente que no constituye una finalidad “per se”- ventajas para el infractor en orden a su resocialización y, por último, algunas respuestas también refieren ventajas para la Administración de Justicia: su humanización y la agilización de trámites.

El inconveniente más ampliamente percibido –con diferencia- es la ausencia de regulación legal de la mediación, expresado así directamente o a través de otros giros, como la ausencia de cauces para la realización de las diversas diligencias que han de practicarse (“los protocolos no bastan”, se afirma), o las dificultadas en la selección de los asuntos mediables (“depende de cómo lo ve el Juez”, se indica), o los problemas que conlleva el tener que cohonstar la mediación con el principio de legalidad en el ordenamiento penal. Se expresan también como aspectos negativos de la mediación otras circunstancias que no son atribuibles directamente a la institución: la falta de medios, su desconocimiento, y las consecuencias de éste, las desconfianzas y hasta el rechazo en los usuarios de la justicia o incluso entre los operadores jurídicos (sobre todo, abogados). Y no falta quien manifiesta sus propios recelos, al quejarse de la falta de eficacia de la mediación (“para eso, sirven mejor las conformidades”, dicen), o los temores porque se termine olvidando la defensa del bien jurídico protegido, o se llegue a una suerte de privatización de la Justicia.

Asimismo parecen muy significativos los resultados de la encuesta en torno a la viabilidad de la mediación penal en los delitos de violencia de género: sólo dos de los encuestados, en términos estadísticos menos del 10%, manifiesta su oposición (que en una segunda lectura cabría interpretarse como muestra de resignación: si la Ley lo veta no cabe plantearse otra cosa). Del resto, el 70% lo estima posible, salvaguardando la libertad y la igualdad entre las partes, y el 20% restante también, pero sólo respecto del tipo del art. 153 CP.

Casi la mitad de los encuestados responde afirmativamente a la pregunta acerca de la posible mediación en delitos graves; la otra mitad, la limita a los delitos menos graves (hasta 3 ó 5 años de pena privativa de libertad). Y en algún caso hay quien cuestiona que se medie en las faltas por su escasa relevancia jurídica que no compensaría el coste de un proceso de mediación.

Aunque la encuesta propuesta desde este Grupo de Investigación no incluía una pregunta directa acerca de sus relaciones con los mediadores, ciertas respuestas de los fiscales, muy pocas ciertamente, permiten percibir algunas censuras, como la falta de preparación suficiente en materia específica de mediación o apelaciones a una mayor profesionalidad en su comportamiento (que se ajusten más a sus funciones o que no tomen decisiones que no les competen).

En suma, es la necesidad urgente de cobertura legal para su actuación en la práctica de la mediación penal el aspecto que planea sobre todas las opiniones recabadas de los fiscales encuestados, como fórmula para acabar con la mayor parte de los inconvenientes detectados en la práctica tanto estructurales (la eventual arbitrariedad en la actuación del Juez) como procesales (el riesgo cierto de que los ilícitos terminen prescribiendo).

Los Secretarios Judiciales.

La actitud de los Secretarios judiciales de los órganos judiciales que hacen mediación en el país vasco y que respondieron a las encuestas de la profesora Varona podría calificarse de cauta. Reconocen que la mediación penal proporciona una mejor solución al conflicto y dota de mayor humanidad al proceso penal; que puede producir efectos positivos para las víctimas y por lo tanto no aprecian inconvenientes para su

aplicación también a los delitos graves. Hasta admiten que a largo plazo pudiera generar el efecto de disminuir el volumen de trabajo en la oficina judicial por la mayor rapidez que cabe esperar dote a la tramitación (la mayoría indicó que a día de hoy tal efecto no se producía en absoluto). Su relación con los mediadores era calificada de buena a normal, destacando el enorme esfuerzo profesional que aquéllos desplegaban. Con todo, la opinión más generalmente extendida imputaba la mayor parte de las dificultades inherentes a la puesta en marcha de la mediación penal a la ausencia de regulación legal.

Los Abogados.

Para la elaboración del informe de los servicios de mediación del País Vasco del año 2007 se plantearon a los abogados diversas cuestiones diferenciando según se hubieran mostrado favorables o desfavorables a la mediación en el caso concreto en que intervinieron. En general, parecían reticentes con el programa piloto. Los que aconsejaron a sus defendidos en contra de su aceptación destacaron su carácter de proyecto demasiado abierto y poco definido. Aquéllos que les recomendaron acudir al proceso de mediación indicaron que no habían hallado ningún motivo serio que lo impidiera (“me pregunté, ¿y por qué no?”, dijo uno de los entrevistados). Los resultados estuvieron en todos los casos por encima de sus expectativas (“mi cliente estaba feliz”, explicó un letrado).

Dos años más tarde, el informe de la profesora Varona prestó una mayor atención a la opinión de los abogados, y sus respuestas evidenciaron un contenido más rico y matizado. El método de aproximación fue el mismo que en el primer informe: analizar por separado las respuestas dadas por quienes se habían mostrado favorables a que sus clientes intervinieran en el proceso y las de quienes se habían opuesto.

Quienes aconsejaron a favor de la mediación²³, destacaron que había mejorado la visión de la otra parte y de la justicia en general (50-55%, respectivamente), y que la recomendarían a otros (61% dijo que sí, y 39% se decantó por NS/NC; ninguno respondió que no).

Resultan muy numerosas y sugerentes sus recomendaciones de mejora; entre ellas cabe destacar el dar mayor publicidad al proyecto; mejorar la coordinación con la fiscalía; realizar un mejor seguimiento de los acuerdos alcanzados; mejorar los niveles de información y comunicación con los letrados (al menos, dicen, en la misma proporción con que se realiza con los fiscales) y ampliar la mediación penal como mínimo a los supuestos menos graves de violencia de género.

No menos interesante resulta contrastar la opinión de quienes aconsejaron en contra de participar en el proceso de mediación. Ellos destacan que existe una descoordinación importante con otros Juzgados (especialmente en materia de familia) y con la fiscalía. No obstante un 50% admite que recomendaría la mediación penal a otros; que como aspecto positivo, evita juicios y otorga más agilidad y rapidez a su resolución; y como aspecto negativo, curiosamente, tras manifestar lo anterior indican que con la mediación se pierde tiempo porque resultan más rápidos y eficaces los acuerdos adoptados directamente con la fiscalía para llegar a una sentencia de conformidad.

²³ En ninguno de los dos informes se discriminaron las opiniones de los letrados según actuaran de oficio o por libre designación. Tampoco se distinguió entre abogados de la defensa y de la acusación.

2.6.3. Mediadores.

“La fortaleza del servicio es el equipo”,
mediador anónimo²⁴

2.6.3.1. En el primer informe realizado en Euskadi, en 2007, se detallan algunas consideraciones realizadas por los mediadores que merecen destacarse:

En torno a las víctimas manifiestan que las perciben desorientadas y desinformadas; destacan su generosidad. Los infractores acuden a las sesiones en su mayoría avergonzados.

Los casos más frustrantes son los de violencia familiar por las limitaciones que imponen las órdenes de alejamiento. Los más difíciles, los que guardan relación con intervinientes toxicómanos o enfermos mentales; también aquéllos que reflejan relaciones conflictivas enquistadas. Los casos graves, en su opinión, no se corresponden necesariamente con la calificación jurídica otorgada en el proceso penal sino con el nivel de preocupación y ansiedad que genera en las partes, en especial, la víctima y que no guarda relación directa con su trascendencia penal o sus consecuencias penológicas.

Los principales riesgos que aprecian son el efecto “net-widening”, antes indicado y la manipulación del proceso que puede realizar cualquiera de las partes, particularmente el infractor.

La principal carencia que observan es la ausencia de protocolos de seguimiento de los acuerdos alcanzados.

El principal obstáculo, la propia Ley (sic), tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal que no regula la mediación como la L.O. 1/2004 que se ocupa de ella para vetarla.

En el informe de 2009, tras describir el perfil del mediador, una persona con formación jurídica general –más o menos amplia, pero siempre presente-; involucrada en los postulados de la justicia restauradora; que considera particularmente destacable realizar una visión global del conflicto y de su solución, y se preocupa por la relevancia jurídica de ésta, se realiza una “autoevaluación” del servicio: todos los que trabajan a diario en mediación valoran muy positivamente el servicio de mediación penal, muy relevante el trabajo que realizan y muy bien organizada su prestación²⁵. Consideran, por fin, que el trabajo en equipo es el medio natural en que se ha de desarrollar la mediación penal.

En cuanto a los casos que se deben derivar, nadie excluye los delitos graves: entienden que lo son si las consecuencias personales y las circunstancias del hecho los permiten valorar así con independencia de la calificación jurídica y la penalidad que les atribuyan las leyes penales; por ello estiman que en la práctica su catalogación no debiera depender tanto de la exclusiva percepción del juzgador. Por otra parte, si bien en

²⁴ GV.2, pág. 175.

²⁵ A lo largo del informe son frecuentes y elogiosas las menciones de los SMP al esfuerzo realizado desde la Dirección de Ejecución Penal de la Consejería de Justicia del gobierno vasco, por todo el equipo y en especial por su director hasta el año 2009, Txabier Etxebarria.

los protocolos se propugna la adecuación de la mediación para tratar cualquier tipo de delito, se recogen también siete tipos de conductas delictivas para las que la mediación resulta especialmente recomendada. No son pocos los mediadores que opinan que este listado puede resultar contraproducente porque puede frenar la derivación de otros casos no incluidos en él, creando estereotipos en los operadores jurídicos sobre supuestos adecuados e inadecuados “per se” para mediar.

Respecto de las víctimas, las contemplan como las grandes beneficiarias del proceso. Se les proporciona un trato considerado, comprensivo y amable, se les informa y escucha. Los mayores problemas y riesgos están asociados a su victimización excesiva, su ánimo de venganza apenas disimulado en algunos supuestos y su eventual frustración en caso de que se incumplan sus expectativas. En el caso de los infractores, valoran negativamente la falta de compromiso y responsabilización y el utilitarismo con que a veces contemplan y se acogen al proceso de mediación. En todo caso, los mediadores ponen de manifiesto algo que luego se mencionará: el riesgo de que cada interviniente se instale en su rol particular, que en numerosas ocasiones no está tan definido como pudiera parecer.

Las principales carencias que se observan por los mediadores reproducen en gran medida las ya detectadas dos años antes, y tienen que ver con la necesidad de una regulación legal de la mediación y su propio estatuto; y la necesidad de un protocolo que facilite el seguimiento de los acuerdos adoptados; vinculado con esto último, también mencionan como mejorables la coordinación con la Fiscalía²⁶ y con los demás agentes vinculados a la atención a los usuarios de la justicia.

2.6.3.2. Los cuestionarios elaborados por este Grupo de Investigación y remitidos a los mediadores –cuyo texto se incorpora al anexo, número 9, de este epígrafe- pretendían detectar las dificultades que han de afrontar y las soluciones que adoptan durante el proceso de mediación tanto en sus relaciones con los intervinientes en aquél como con relación al propio procedimiento judicial. También nos interesaba conocer los obstáculos derivados de su situación orgánica en tanto que mediadores sin estatuto alguno que discipline su actividad.

Las respuestas recibidas, procedentes de Vitoria, de Zaragoza, de Cádiz, de Huelva y de Valladolid, merecen un sobresaliente, por lo atinado de sus reflexiones y lo juicioso de sus conclusiones. Para su análisis ordenado, haremos referencia a tres de ellas que representarían las diversas posiciones en que, en el momento actual, desarrollan su actividad profesional; en un caso, ya institucionalizada y formalizada (Vitoria); en otro, en el marco de un programa que pese a contar con el apoyo explícito de la fiscalía, del gobierno regional y de la comunidad científica y universitaria más sensible, carece todavía del suficiente reconocimiento, difusión e implantación (Zaragoza), y el tercero, en el seno de un programa piloto en marcha pese a la escasez de medios y la mínima estructura organizativa (Valladolid, y en una situación muy semejante, Cádiz y Huelva).

²⁶ Los mediadores mencionan en este sentido la fuente de conflictos que supone la distinta visión del resultado del proceso con respecto a los fiscales. Para éstos, lo determinante es que el concreto acuerdo se ajuste al principio de legalidad; para los mediadores lo esencial es asegurar la satisfacción de las partes en la solución del conflicto. A menudo ensamblar sus posiciones –ambas legítimas- resulta complicado.

Así, la mediadora de Valladolid señala como su principal problema respecto de los actores del proceso su limitada disponibilidad y la escasa confianza que perciben les conceden los Jueces. El mediador vasco entiende como dificultad, respecto de los Jueces, que sólo contemplen la mediación para los delitos leves y las faltas, y respecto de la fiscalía que consideren la mediación como algo ajeno al proceso judicial, de validez muy limitada, sólo referida al eventual acuerdo. Es muy destacable que este mismo mediador exprese como la mayor dificultad en el proceso su difícil engarce con el servicio de mediación, de manera que pese a los protocolos y los esfuerzos normalizadores, “al final, cada Juzgado tiene su manera de actuar”, lo que, en su opinión, se deriva directamente de la ausencia de regulación de la mediación penal. También indica el seguimiento de los acuerdos como uno de los aspectos que más dificultades ocasiona. Por su parte, la mediadora vallisoletana, desde su particular perspectiva, se lamenta de la dificultad de localizar a los justiciables y de la falta de implicación en esa tarea del órgano judicial que les deriva.

Desde Zaragoza, el mensaje remitido destila reflexiva amargura. Más allá de las dificultades que deban afrontar en la gestión diaria de la mediación en unos Juzgados sobrecargados en que, por lo mismo, la derivación es discontinua, y de los desencuentros profesionales y colegiales con los abogados de la región –celosos por asegurar su control sobre el pleito y su influencia sobre la voluntad de sus clientes-, los obstáculos presentan un marcado carácter institucional, especialmente con la judicatura, por la ausencia de apoyo y reconocimiento a una tarea que los mediadores aragoneses²⁷ vienen desarrollando desde hace cinco años sin recibir contraprestación alguna, y la escasa atención que desde las instancias oficiales vinculadas al Poder Judicial se presta a la difusión y promoción de la mediación penal, lo que la convierte en la gran desconocida de la ciudadanía que, como consecuencia, se ve privada así de este importante servicio por ignorancia, porque “nadie usa lo que no conoce”. Respecto de la incidencia del proceso mediador en el procedimiento penal, las eventuales dificultades tienen, para los mediadores de Zaragoza, un carácter procesal que trasciende a la mediación, incluidas las incidencias derivadas del incumplimiento de los acuerdos, cuyo seguimiento por el equipo de mediación es más una labor de corresponsabilidad o de acompañamiento a las partes que de seguimiento y control.

Finalmente, en cuanto a su situación orgánica, se destaca por todos los encuestados la ausencia de un marco legal de la mediación en el proceso penal y de un estatuto del mediador; si bien el mediador de Zaragoza alerta sobre los intereses económicos y, en su caso, corporativos que pueden estar detrás de su efectiva regulación e institucionalización.

2.6.4. Personal de los Servicios de atención a los usuarios de la Justicia.

La mención a estos servicios en los informes de evaluación realizados por la profesora Varona en su informe del año 2009, es relevante y significativa: sirve fundamentalmente para apreciar su importancia y lo necesario de su presencia en colaboración o al menos coordinación con los SMP: éstos no pueden (ni quizá deban) resolver todos los problemas de fondo que están en el origen social de los delitos en el infractor, o aquellos otros problemas que le suceden, y que pueden afectar a ambas partes.

²⁷ Miembros de la asociación “¿Hablamos?”

En Euskadi esa colaboración con los distintos servicios en el proceso de mediación se concreta, en la fase de acogida, si se detecta por los mediadores que la víctima carece de abogado, en su remisión al SAV (Servicio de Atención a la Víctima) para que sea asesorada sobre el posible acuerdo. El SAOS (Servicio de Asistencia al Detenido) funciona en los casos en que no resulta factible la mediación por la negativa de la víctima a participar o a suscribir el acuerdo. En la fase de seguimiento, el SAER (Servicio de Asistencia a la Reinserción) puede supervisar el cumplimiento de los acuerdos, especialmente cuando existe suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad o se han impuesto trabajos en beneficio de la comunidad. En todo caso, con el consentimiento del afectado, los SMP puede recabar de estos otros Servicios información que eventualmente pueda resultar útil a los fines de la mediación.

Cuestionado el personal de estos servicios (por separado, con formularios parecidos) acerca de su percepción de la mediación penal en adultos, entre las ventajas advertidas y sin apartarse de la mayoría de las comúnmente consideradas por otros intervinientes en el proceso, se menciona especialmente la evitación de la revictimación; entre los inconvenientes llama la atención que también se hace referencia a la doble victimización, al señalar la posible frustración frente a expectativas que no se cumplen, por no alcanzarse acuerdos o por no cumplirlos en los términos pactados. Respecto de los criterios de derivación que deberían tenerse en cuenta, desde el punto de vista victimológico destaca que se tenga en cuenta la actitud de las partes (su grado de responsabilización en el infractor, y de superación del duelo en la víctima) y la inexistencia de desequilibrios de poder entre ellos.

2.6.5. Recapitulación y primeras conclusiones.

6.5.1. Combinando los resultados de las percepciones derivadas de las entrevistas y cuestionarios realizados a víctimas e infractores así como a mediadores y al personal de los servicios de atención a los usuarios de la justicia en los informes mencionados, es posible extraerlos y mencionar algunos de sus aspectos más destacables:

Aunque la mediación parte de una distribución de papeles definidos y contrapuestos (en correlación con la posición de las partes en el procedimiento penal), la práctica ha permitido detectar que a menudo los roles son intercambiables; que otras veces, sin embargo, se diluyen y no pocas se instalan tan profundamente en el que ha correspondido –muchas veces por azar- a cada uno de los intervinientes que se incomoda el desarrollo mismo de la mediación: sobre todo en los conflictos relacionales el papel de víctima depende de quién denuncie antes y esta situación se suele después intentar explotar por el interesado.

La satisfacción de las víctimas es muy intensa, correlativa con la reducción de la victimación.

Quizá lo más valorado por ambos grupos de intervinientes (y lo más ajeno a la dinámica del procedimiento penal convencional): ser escuchados.

Se aprecia de forma notable entre los intervinientes la participación directa de ambos en las decisiones que les afectan, lo que resulta particularmente interesante por su incidencia sobre la prevención de la reincidencia y la revictimación.

Sobre la experiencia de justicia, lo más relevante según manifiestan las partes es la incertidumbre mientras quedan a la espera de la decisión del fiscal y la resolución judicial.

La mediación directa parece más ventajosa. Muchas víctimas son reticentes (también muchos infractores rechazan un encuentro directo con la víctima), pero una vez que se deciden, los beneficios contrastado son notables para ambos.

Se estima muy positivo que el planteamiento del proceso esté siempre orientado a un resultado: la reparación a la víctima, la responsabilización activa del infractor y el reconocimiento y apoyo social al proceso.

Es muy destacable el alto grado de satisfacción de los usuarios, tanto en Euskadi como en Cataluña, con el trabajo de los mediadores en particular y con el funcionamiento de los Servicios de Mediación Penal en general.

2.6.5.2. De las opiniones y apreciaciones de los partícipes a nivel institucional en la mediación penal se pueden inferir numerosas conclusiones; sin ánimo exhaustivo, cabría destacar las siguientes:

Sobre la operativa en el desarrollo del proceso, y sin perjuicio de la heterogeneidad de sus prácticas (que merecerá mención aparte, más adelante), quizá la palabra clave sea coordinación. Coordinación de los mediadores con el órgano judicial para evitar intervenciones que se anticipan a su conocimiento oficial por el interesado; para facilitar el contacto inicial con las partes (“a veces más complicado que la mediación en sí”, indica un mediador); para informar sobre los resultados del acuerdo a los abogados de las partes facilitándoles su tarea de asesoramiento, y a la Fiscalía para que proceda a examinar el contenido del acuerdo y lo declare, en su caso, conforme.

Por lo mismo, se constata la necesidad de mejorar el seguimiento del cumplimiento del acuerdo. Se considera importante evitar incumplimientos y apuntalar el compromiso de las partes dotándolo de fuerza vinculante. En este punto, se considera importante afianzar las relaciones de cooperación y colaboración con los servicios de atención a los usuarios de la justicia (atención a las víctimas, etc.) y el trabajo en red con todos los servicios, públicos y privados, que tratan de atender las necesidades de fondo de los usuarios de la justicia.

Se aprecia como positiva la existencia de estándares homogéneos de actuación en el proceso de mediación penal: se puede ser flexible en las formas porque existen y se respetan unos principios básicos comunes de actuación. Sin embargo, ya veremos que cabe preguntarse si –en los lugares donde están previstas- se atienden debidamente tales pautas de normalización.

2.7. LA MEDIACIÓN PENAL EN DIRECTO

2.7.1. La mirada exterior. El examen directo y documental de la actividad de mediación.

Uno de los contenidos más instructivo y descriptivo de la realidad de la actividad mediadora y su incidencia en el procedimiento penal es el que se deriva de las observaciones de algunas de las sesiones de mediación realizadas en los cuatro servicios del país vasco, y el análisis de determinados procedimientos penales seleccionados por los SMP, de entre los derivados a mediación, con caracteres diferentes tanto por los intervinientes como por las decisiones que se adoptaron, y que por lo tanto corrieron suertes también distintas.

Observación directa.

Las visitas a los Servicios de Mediación Penal en las cuatro localidades donde tuvieron lugar, Baracaldo, Bilbao, San Sebastián y Vitoria, permitieron comprobar y contrastar las condiciones en que se presta allí el servicio, y los resultados que se obtienen.

Así, en Baracaldo, se deja constancia de que las sesiones de mediación se desarrollan en una sala amplia, cercana al SAV, con una pizarra donde se pueden leer las reglas: hablar por orden, respetuosamente, buscar el acuerdo, ser sincero. También se cuenta con una cámara para la grabación de las sesiones. La sesión observada trató sobre unos hechos calificados de falta contra las personas: Las partes son vecinos. El denunciante es hombre, joven; la denunciada, una mujer anciana con problemas mentales no diagnosticados; acude con su marido y su hija. Llevan más de diez años con problemas de mala vecindad. Él no quiere tener que volver a denunciar de nuevo. Quiere llegar a un acuerdo que asegure el tratamiento por los servicios médicos de la denunciada, renunciando a las acciones si se cumple el compromiso. La sesión se desarrolla en un ambiente cercano y relajado. Acuden, a indicación de la mediadora, al SAV –que está situado puerta con puerta-, para consultar el acuerdo propuesto que pasa por una comparecencia ante el fiscal para acreditar la realización del tratamiento médico en que consiste. El denunciante parece más confiado al conocer que intervendrá la fiscalía. La hija –que habla y negocia en nombre de su madre- dice, en cambio, que eso no la tranquiliza, que desconfía de la justicia.

En Bilbao, la mediación se lleva a cabo en una sala amplia. Hay una pizarra en la que también están escritas las reglas: respeto, cortesía, sinceridad, guardar el orden de la palabra, buscar el acuerdo. Sobre la mesa, un paquete de “Kleenex”. Se media un delito de atentado. El denunciante, un agente de la Ertzaintza, de mediana edad; la denunciada, una mujer joven, latinoamericana, que llega al lugar muy nerviosa, con un bebé (que queda al cuidado de otro mediador en la oficina del SMP). El denunciante, al entrar en la sala, toma la iniciativa de darle la mano a la imputada. Ella le ha escrito una carta, disculpándose, explicándose: creyó que iban a quitarle a su hija, por eso actuó con violencia, “no quiero ir a la cárcel y perderla”; está dispuesta a hacer cualquier cosa para repararle. El agente se apresura a indicar que renuncia a las acciones civiles: “con la mediación ya estoy reparado”, dice, y aclara que no desea nada de ella que implique humillación o sumisión, “ni tú lo mereces, ni yo lo necesito”. Ambos se emocionan: se usan los “Kleenex”. La mediadora explica que, como para la fiscalía se trata de un hecho muy grave (se piden 3 años de prisión), la reparación debe ser proporcional y ejecutarse con rapidez. Se acuerda una reparación simbólica en forma de voluntariado; ella se compromete a realizarlo en tres meses y a aportar certificado de su cumplimiento.

En San Sebastián, el local está peor acondicionado, sin luz natural, sin entrada directa a las dependencias, con una insonorización inadecuada. El caso a mediar es difícil, leve en cuanto a sus resultados, pero grave en cuanto está comprometiendo la paz y la tranquilidad personal y colectiva en el vecindario de que ambos intervinientes forman parte. La sesión es tensa desde el principio hasta el final. En varias ocasiones a lo largo de la negociación, que dura hora y media, se estuvieron a punto de romper las conversaciones. Se intentan establecer unas normas mínimas de convivencia pero sin convicción. Las observadoras hacen constar en el informe –sin que se pueda determinar a quién atribuir tal reflexión- las dudas sobre si en un caso tan nimio objetivamente como éste merece la pena invertir tantos recursos en mediar y en juzgar²⁸.

En Vitoria, en un local adecuado y cómodo, se observa una mediación por una presunta falta contra el patrimonio; el denunciante, un hombre joven, abogado, en representación del Ayuntamiento; los denunciados, dos muchachos jóvenes. Ambiente tranquilo, sin tensión. Los chicos se ofrecen a presentar un dossier proponiendo al Ayuntamiento la “decoración” de murales en lugares autorizados y cursillos de “graffiti” para chavales en un centro cívico. El denunciante queda a la espera de que en 15 días se presente el documento y aunque no puede comprometerse en nada personalmente, está convencido de que obtendrá una respuesta positiva de los responsables en el Ayuntamiento. El acuerdo queda, así, pendiente de firma, pero cerrado. Ambas partes se dan la mano.

Observación documental.

Para realizarla se seleccionaron libremente una serie de casos por cada SMP, dos o tres, de entidad y tipología delictivas similares. Todos los procesos seleccionados fueron mediaciones directas. La muestra no es representativa pero sí muy ilustrativa.

De los casos seleccionados en Baracaldo, referidos a procedimientos por delito, en uno no se alcanzó ningún acuerdo. Terminó con sentencia absolutoria sin mención alguna a la mediación intentada; en los otros dos hubo acuerdo. Uno de los Juzgados de lo Penal dictó auto decretando el archivo de las actuaciones, apoyándose en el principio de intervención mínima, que procede en este caso dada “la escasa trascendencia social de los hechos imputados y (una vez) restablecida la paz social, fin inspirador del proceso penal, por el perdón del ofendido”. El otro Juzgado de lo Penal dictó sentencia de conformidad, sin mencionar el proceso de mediación.

En Bilbao se seleccionaron dos casos, por delito. En uno, la mediación no llegó a buen fin porque no compareció el imputado. El Juez de lo Penal dictó Sentencia condenatoria, también en ausencia. En el otro hubo acuerdo, dictándose sentencia condenatoria de conformidad, en cuyos hechos probados se hizo constar expresamente la existencia del proceso previo de mediación.

En San Sebastián, se seleccionaron dos procedimientos por delito. En uno de ellos, había imputaciones cruzadas entre ambas partes. Uno de los intervinientes estaba conforme y dispuesto a mediar; el otro asistió a la sesión pero no reconoció su participación en los hechos. Se celebró el juicio, practicándose la prueba. Se dictó

²⁸ Cabría, sin embargo, preguntarse si no son precisamente estos casos en donde la mediación se muestra en toda su grandeza y cumple, aun no desembocando en acuerdos palpables, su función quizá menos brillantes pero más valorable, la pacificadora y pedagógica.

sentencia, condenatoria respecto del primero y absolutoria en relación al segundo. En el otro caso, la mediación dio lugar a un acuerdo; la sentencia condenatoria de conformidad mencionó expresamente, en los antecedentes de hecho, el acuerdo de mediación y acordó se comunicara la resolución, además de a las partes, a los mediadores.

En Vitoria, de los dos casos seleccionados, en uno de ellos la derivación tuvo lugar en el Juzgado de Instrucción. La víctima de la falta de lesiones e injurias tramitada abandonó la mediación a pesar de ser consciente de que alguno de los acuerdos ya mediados le eran favorables. Se celebró el juicio y se dictó sentencia condenatoria en términos menos gravosos que los interesados por el fiscal fundamentándolo el Juez en “la levedad de los hechos enjuiciados”. No se mencionó la previa y frustrada mediación. El segundo caso se derivó en el Juzgado de Instrucción por una falta de vejaciones entre partes con conflictos ya añejos y enrocados. Se llegó a un acuerdo que ambos admitieron como suficientemente satisfactorio, y se dictó auto declarando extinguida la responsabilidad penal y el archivo de las actuaciones.

2.7.2. Visión introspectiva. La Mediación Penal a partir de la opinión de jueces y fiscales.

Este epígrafe se ha elaborado a partir de las respuestas obtenidas de un grupo de nueve titulares de órganos judiciales y veintiuna fiscalías que tienen incorporada la mediación penal a su actividad judicial, a un cuestionario elaborado por este Grupo de investigación con objeto de conocer de primera mano las opiniones, impresiones, dudas y certezas, pragmáticas y dogmáticas, que la mediación penal genera en quienes se hallan al frente de cada proceso de mediación, en su condición de juez o fiscal, cualquiera que sea el marco geográfico en que se desenvuelvan y desarrollen sus concretas tareas. Necesitábamos contrastar la situación actual de la mediación penal intraprocesal en España a partir de los datos recabados de los jueces y fiscales que en ella trabajan. Nos preguntábamos -y les preguntamos- sobre su estado de opinión acerca del presente y futuro de la mediación, sobre su relevancia e influjo en el procedimiento penal, sobre su incidencia real en el cotidiano quehacer de cada oficina judicial, para a partir de sus respuestas inferir la influencia de la mediación penal en la transformación o evolución del proceso penal, y el efecto que está llamada a producir en las decisiones de política criminal a adoptar en un futuro próximo.

Ciertamente, las respuestas recibidas superaron nuestras expectativas. Evidenciaron el enorme interés por parte de los jueces y particularmente de los fiscales por dar a conocer sus opiniones e inquietudes; su contenido, sus respuestas, ricas y sugerentes, nos revelaron un elevado grado de reflexión y elaboración. Confiamos que su traslado al texto que sigue, necesariamente extractado, les haga justicia: será nuestra particular forma de expresarles a todos ellos nuestro sincero agradecimiento por la ayuda y colaboración que generosamente nos han brindado.

Con el fin de conseguir una exposición más organizada del contenido de las respuestas obtenidas, las hemos ordenado y resumido por bloques temáticos. En el anexo documental que acompaña a este documento, se incorpora el texto íntegro del cuestionario.

2.7.2.1. La Mediación Penal desde la perspectiva del Juez. (extracto de las respuestas a las preguntas 1 y 2)

En la panorámica que se despliega desde las respuestas de los Jueces a nuestra encuesta, las luces superan a las sombras. Desde la perspectiva del Juez los aspectos positivos son más numerosos y tienen mayor alcance: la mediación mejora el sistema de justicia penal incluso en los casos en que meramente se ha intentado, sin llegar a un acuerdo; crea cauces de escucha al justiciable, mejorando el trato personal; propicia el acercamiento del ciudadano a la justicia. Las ventajas para la víctima son equiparables a las que eventualmente obtiene el infractor²⁹, la escucha, la participación, la satisfacción material y la tranquilidad psicológica; por el lado del infractor, la responsabilización, la prevención, la reparación activa. La satisfacción para ambas partes se repite en numerosas respuestas: lo expresaremos más en detalle en el último epígrafe.

Las dificultades o aspectos negativos que se detectan, vienen dados por la falta de regulación³⁰ y algunas de sus consecuencias: la ausencia del principio de oportunidad en la legislación penal de adultos; la ignorancia de la existencia misma de la mediación o de algunos o muchos de sus caracteres; la desconfianza y resistencia a su admisión por parte de los intervinientes y operadores jurídicos (sobre todo, abogados).

Parece interesante destacar lo frecuentemente que aparece en las respuestas de los jueces –relacionándolo con los aspectos negativos de la mediación- las dificultades de localización de las partes en el proceso, como si de un defecto o efecto consustancial a la mediación se tratara, sin vincularlo a la saturación de asuntos en los Juzgados y a las dilaciones en su tramitación, fenómeno que afecta en general a la totalidad de los órdenes judiciales³¹.

2.7.2.2. El despliegue de la mediación y su incidencia en el proceso (extracto de las respuestas a las preguntas 5,6, 7, 10, 11 y 24)

Llama la atención la diversidad de métodos, de modos, de medios, de recursos, en la práctica cotidiana de la mediación. Ni siquiera en aquellos territorios en que su implantación está institucionalizada, y el proceso normalizado, se actúa de manera homogénea: “en cada Juzgado - como denunciaba un mediador vasco - “tienen su manera de actuar”. Si hiciera falta reivindicar la necesidad de regulación de la mediación con un solo argumento, podría muy bien ser éste.

Se ha organizado este epígrafe por zonas geográficas en la creencia de que globalizando por Comunidades Autónomas se conseguiría simplificar la interpretación de los datos y visualizar más fácilmente las diferencias. Pero como se puede apreciar más adelante, no ha sido así: la diversidad existe incluso en localidades de una misma Comunidad y -más aún- hasta en Juzgados de la misma localidad.

²⁹ Éste es, quizá, uno de los aspectos que se percibe distinto en la lectura de las encuestas de los fiscales; para éstos debe ser la víctima la beneficiaria de la mediación; las ventajas que pueda en su caso obtener el imputado son accesorios y en todo caso equiparables a las que conseguiría con una conformidad y, por lo tanto, no atribuibles ni necesariamente vinculados al proceso de mediación.

³⁰ Mencionado también por los fiscales como el principal obstáculo que dificulta la práctica de la mediación.

³¹ Los fiscales sí hacen numerosas referencias a los efectos de la mediación en los tiempos de tramitación del procedimiento: en unas ocasiones para expresar que con la mediación se agiliza y en otras, que se ralentizan los trámites.

- Cataluña³².

Existen protocolos de actuación, pero se constata que no son observados fielmente. Por otra parte son numerosas las quejas, sobre todo en las ciudades periféricas a Barcelona, capital, por la falta de medios y el exceso de trabajo.

La derivación suele ser decisión del Juez al tomar declaración a las partes. La derivación al SMP y la paralización de los trámites se comunica al abogado a veces antes que al Fiscal (porque nunca está presente en las declaraciones, se aclara). En Tarrasa, el Fiscal deriva a mediación tras visar el escrito de acusación y “comentarlo” con el fiscal que ha calificado. De haber acuerdo, lo comunica el SMP y desde la Fiscalía se contacta con el abogado de la defensa para presentar el escrito de acusación conjunto.

La suspensión del procedimiento oscila entre 2 y 3 meses (aquí sí, conforme al protocolo), y se comunica por el Juzgado primero al abogado y después al fiscal. En Tarragona, sin embargo, es el SMP el que lo pone en conocimiento de las partes (el Juez manifiesta que ni siquiera sabía que existieran cartas o modelos de ofrecimiento de la mediación a los intervinientes a practicar desde el propio Juzgado).

Sobre el momento ideal para derivar a mediación no hay acuerdo, pero la mayoría se decanta porque sea antes del juicio oral, para evitarlo. Pueden pasar por anécdotas (y ojalá lo fueran): según la fiscalía de Sabadell, allí se practica “la mediación sin equipo técnico”: la falta de medios aboca a que la labor de mediación la realicen personalmente los jueces y los fiscales; el veto de la LO 1/2004 combinado con la absolución en las causas por delitos de violencia sobre la mujer, les lleva a invitar a los justiciables, una vez decretado el archivo de la causa, a acudir a la mediación para solucionar su problema.

- Euskadi³³.

Hay protocolos de actuación que se siguen en líneas generales, con algunas desviaciones que, en general, tienen que ver con los actos de comunicación a las partes (se detallará más este extremo en el epígrafe siguiente).

La derivación es decisión del Juez, de oficio, o a instancia de parte; también puede serlo “a sugerencia” de los intervinientes en el proceso, incluido el Secretario. El Fiscal de Baracaldo indica que se deriva sólo si el Fiscal no se opone. Uno de los Jueces de la misma localidad refiere que la primera comunicación al Fiscal es la notificación de la Providencia acordando la derivación, y otro señala que no lo hace. La Fiscalía de Álava indica que pese a lo que establece el protocolo, la derivación la decide el Juez a discreción, sin contar con el Fiscal): el Ministerio fiscal interviene tras el acuerdo para concertar el acta de acusación con la defensa.

La suspensión del procedimiento se acuerda por uno o dos meses (la fiscalía de Álava añade: “pero cada Juzgado hace lo que quiere”).

³² Sobre siete encuestas de fiscales (Tarrasa; Mataró; Sabadell; Granollers; Tarragona; Lérida y Barcelona) y dos de jueces (Barcelona, Juzgado de Ejecutorias; Tarragona, Juzgado de instrucción).

³³ Sobre tres encuestas a fiscales (Baracaldo; Vizcaya; Álava) y dos a jueces (ambos de Baracaldo).

Todos coinciden en que el mejor momento procesal para la mediación es durante la fase de instrucción, y el mejor instrumento (según los Jueces), las DUR para conseguir la rebaja del tercio de la pena.

- Aragón³⁴

No se menciona la existencia de protocolos o pautas normalizadas de actuación.

La derivación la hace el Juez, de oficio, aunque cabe que se decida también a instancia de parte, en base a criterios no tasados (se señalan algunos, como la proximidad de los afectados, no se sabe si geográfica o personal, ni respecto de qué o quién). La puesta en conocimiento de la mediación al Fiscal y a la defensa se produce cuando hay acuerdo.

El procedimiento se suspende de dos a tres meses.

El momento más idóneo para la mediación, según los encuestados, puede ser cualquiera, pero preferiblemente antes del escrito de calificación del fiscal.

- Navarra³⁵

Parece que existen protocolos y servicio de mediación.

En palabras del Juez: preselecciona el Secretario, selecciona el Juez, y deriva la oficina judicial, desde donde se mandan las cartas a los interesados. Según se deduce de ambas encuestas, de haber acuerdo, las partes (no el Juzgado) lo comunican a los abogados y éstos contactan con el Fiscal. Como indica el Juez, tras el acuerdo, el Juzgado se ocupa de señalar, lo que –añade- “para la oficina es un incordio”.

El plazo de paralización del procedimiento lo fija el Servicio de mediación.

Todas las fases procesales son válidas para derivar a mediación. El fiscal exceptúa la ejecución, o en todo caso, de admitirse en esta fase, sólo habrá de afectar a la responsabilidad civil, no a la pena que ya está impuesta y ha de cumplirse.

- La Rioja³⁶

Reciente programa piloto, en marcha.

Deriva el Juez; pueden proponerlo el fiscal y las partes. La Secretaria se comunica verbalmente con las partes y los abogados (no hay carta ni modelo de comunicación escrito), previo informe del Ministerio fiscal. Si hubiera acuerdo, se pasa al Fiscal para que informe sobre los trámites a seguir.

No hay plazo establecido de suspensión del trámite.

³⁴ Sobre tres encuestas a fiscales, uno de Zaragoza y dos de Calatayud.

³⁵ Sobre dos encuestas, a un juez y un fiscal en Pamplona.

³⁶ Sobre una encuesta al fiscal.

Todas las fases procesales se contemplan válidas para la mediación.

- Castilla-León³⁷

Parece que, al menos en Valladolid, hay protocolo de actuación al que se ciñen.

Deriva el Juez. El Juzgado remite las cartas a los intervinientes e informa a los abogados (no indica cómo). El Ministerio fiscal es “avisado”.

El plazo de suspensión no está determinado; suele ser un mes.

Se admite que la fase más idónea para la mediación puede ser cualquiera. El Fiscal añade que en ejecución solo debe afectar a la responsabilidad civil, no a la pena impuesta.

- Madrid³⁸

No se mencionan en ningún caso los protocolos.

En un caso, la derivación parte del acuerdo entre juez y fiscal. Es el fiscal quien se comunica con las partes. De haber acuerdo, también el fiscal se ocupa de contactar con el abogado para acordar los términos de la conformidad. En otro caso, la iniciativa parece depender del interesado que por medio de la Asociación Apoyo contacta con el fiscal quien se ocupa de comunicarlo a los intervinientes.

La mediación que se practica en el Audiencia Provincial comienza con la selección del asunto, que realiza el Magistrado ponente; se remite después a Fiscalía para informe y, en su caso, se convoca al infractor y a su abogado así como a la víctima para informarles de la posibilidad de someterse a un proceso de mediación. Nada se indica sobre la forma de la convocatoria, ni quién informa, ni el plazo de suspensión del procedimiento, de haberlo.

En los procedimientos ante los Juzgados unipersonales no hay periodo de suspensión del trámite prefijado (“suele ser corto”).

En cualquier fase del procedimiento penal cabe hacer mediación.

- Valencia³⁹

No se menciona la existencia de protocolos.

Deriva el Juez, que informa al abogado. El Servicio de Mediación comunica con los interesados e informa al Fiscal, si hay acuerdo, para que negocie con el abogado la conformidad. Es el fiscal quien lo comunica después al Juzgado.

No hay plazo fijado para la suspensión del procedimiento.

³⁷ Sobre dos encuestas: al fiscal, en Burgos; al juez, en Valladolid.

³⁸ Sobre dos encuestas a fiscales.

³⁹ Sobre una encuesta remitida por la Fiscalía de Alicante.

La mediación se admite desde el escrito de acusación hasta el juicio oral; en fase de ejecución se considera imposible porque sólo cabe exigir que se cumpla la sentencia dictada en sus términos.

- Andalucía⁴⁰

Se infiere, aunque no se menciona expresamente, la existencia de protocolos.

En Cádiz, la derivación es el resultado del acuerdo entre Juez y Fiscal. El Juzgado contacta con el imputado y el abogado y se remite el expediente al SMP. En Jaén, la decisión de derivar se toma por el Juez con el informe de la Fiscalía. Si hay acuerdo se cita a las partes, al abogado y al mediador (éste último para que ratifique el acuerdo, con los demás); el Ministerio fiscal asiste también a la ratificación y modifica, en su caso, el escrito de acusación para articular la conformidad.

El plazo para la suspensión del procedimiento en Cádiz es indefinido; en Jaén, de uno a tres meses.

Se reputan hábiles todas las fases del procedimiento para mediar, si bien se señala que en fase de instrucción hay que actuar con especial cautela respecto de los juicios rápidos.

2.7.2.3. La Mediación Penal y su influencia en el proceso penal actual (extractos de las respuestas a las preguntas 15, 16, 17, 18 y 22).

1. Pautas que disciplinan las causas de sobreseimiento

Jueces. Como sabemos, el número de jueces que respondieron la encuesta ascendió a nueve. De ellos, tres no han respondido a esta concreta pregunta; de los demás, hay tantas tesis como respuestas; así, se mencionan: las pautas contempladas en la legislación de menores; incorporando el principio de oportunidad en el derecho penal de adultos; articulando el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal; conjugando la escasa entidad del hecho con la reparación del daño, o admitiendo el sobreseimiento sólo para las faltas y para los delitos llegar hasta sentencia con aplicación de la atenuante de reparación en la extensión que proceda.

Fiscales. Como en general ha ocurrido en todas las respuestas recibidas, las de los fiscales no sólo son más numerosas sino también más matizadas. En este caso, aunque tres de ellos no han respondido, el resto ofrece numerosas opciones que en muchos casos son explicadas con detalle. En cuanto a las faltas, hay consenso sobre lo indicado del sobreseimiento en caso de mediación. La referencia al principio de oportunidad, en especial vinculado a infracciones menos graves si se ha reparado totalmente, en las causas por delito, está presente en casi todas las respuestas. En general, se mencionan tres criterios que han de conjugarse: la gravedad del hecho; la penalidad prevista y la naturaleza jurídica del delito. También hay quien se opone a la posibilidad de contemplar el sobreseimiento en las causas por delito: bastaría la

⁴⁰ Sobre dos encuestas a fiscales, en Jaén y en Cádiz. También se ha tenido en cuenta el contenido de la ponencia de J.M. Fernández Aparicio, "La experiencia mediadora en la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Jaén", a modo orientativo.

atenuación de la pena en el dictado de una sentencia de conformidad; y no faltan soluciones “foráneas”: la suspensión de la ejecución del fallo al modo anglosajón.

2. El principio de presunción de inocencia.

Puede parecer sorprendente que esta materia tan disputada, tan debatida, tan controvertida, no sea considerada como problema salvo por dos de los treinta encuestados. Pero así es. En general, las respuestas, su contenido y su tono, evidencian ausencia de preocupación en los encuestados, rozando en este punto – lo que no deja de ser singular – la casi unanimidad.

Jueces. La mayoría expresa la certeza de que si en el proceso de mediación se respetan los principios básicos que informan la institución, en especial, la confidencialidad, la privacidad de las sesiones y la inaccesibilidad de la documentación manejada, no se hace preciso establecer mecanismos específicos para preservar el principio de presunción de inocencia, resultando así perfectamente compatible con la mediación penal.

La unanimidad se rompe cuando se trata de determinar los casos en que el imputado ha de ser invitado a tomar parte en el proceso: las respuestas abarcan todo los escenarios posibles: desde el que indica que sólo debería ser convocado quien reconoce los hechos expresamente hasta el que sostiene que el ofrecimiento debería tener carácter obligatorio con independencia del comportamiento observado por el acusado.

La divergencia entre los hechos reconocidos y los recogidos en el acta de acusación también da lugar a todo tipo de respuestas; hay quien considera que no es posible alterar la calificación jurídica como resultado de una mediación y hay quien se pregunta por qué no y evoca lo que a diario sucede con las conformidades.

Sobre la compatibilidad del principio de presunción de inocencia con el reconocimiento de hechos por escrito, en el acta, en general se estima compatible siempre que se asegure la libertad de decisión y la asistencia letrada del imputado.

Fiscales. Tampoco por parte de los Fiscales se manifiesta inquietud o exigencia específica para velar por la protección de la presunción de inocencia. Sólo dos de los encuestados se refirieron a ello como “problema” y sugirieron, en su caso, como eventuales soluciones que la ley excluya expresamente al órgano judicial del conocimiento del proceso de mediación y que el imputado goce de asistencia letrada eficaz.

Como los jueces, para los fiscales el reconocimiento de los hechos por el imputado no es un presupuesto unánimemente exigido para ser invitado al proceso de mediación: seis consideran que debe ofrecerse a todos y tres advierten que el reconocimiento bien puede ser genérico y no coincidir con los hechos contenidos en el acta de acusación; en la banda opuesta, para dos de los encuestados, es precisamente el reconocimiento expreso de los hechos imputados lo que otorga sentido a la mediación.

A juzgar por las respuestas de los fiscales, la eventualidad de alteración de la calificación jurídica no es muy frecuente en la práctica. Hay quien sostiene que no es que no se dé, sino que sería imposible porque lo que ocurra en el proceso de mediación

no puede alterar el relato fáctico al no haberse realizado a presencia judicial. Admitida como posibilidad, se estima que en caso de que se produzca procedería la celebración del juicio oral como de ordinario.

La inmensa mayoría coincide en considerar compatible el principio de presunción de inocencia con la constatación del reconocimiento de hechos y la reparación en acta escrita. Minoritariamente, en un extremo, hay quien afirma que no sólo es compatible sino imprescindible; si no, la mediación penal pierde su sentido y pasa a constituir “un elemento gravemente perturbador del sistema”; en el otro, se sostiene que el acta no tiene por qué contener reconocimiento de los hechos imputados.

3. La reparación.

Jueces. Las respuestas difieren; es mayoritario el considerar precisa la reparación aunque no sea total antes de la resolución final del juicio. Hay quien la hace depender de la voluntad de las partes expresada en el acuerdo y estar a sus términos.

Fiscales. Aquí sí se da unanimidad en las respuestas y los razonamientos: se estima necesaria la reparación previa (salvo imposibilidad material, como en caso de que se acuerde en Diligencias Urgentes de juicio rápido), y de no ser posible, por ejemplo, en supuestos de cantidades elevadas o reglas de conducta dilatadas en el tiempo, ante su eventual incumplimiento, proceder a la revocación de los beneficios que hubiera obtenido el reo, siempre que –añade un encuestado– no se trate de un incumplimiento puntual u ocasional. El motivo más común para tal exigencia se apoya en que no se suele prever ningún mecanismo de seguimiento del acuerdo y del cumplimiento de los compromisos que los controle, de manera que la reparación posterior al juicio oral, al no hallarse fiscalizada, suele frustrarse; la fundamentación más técnica lo vincula al eventual reconocimiento del sobreseimiento derivado de la mediación y la imposibilidad de reapertura de la causa⁴¹.

4. Ejecución de Sentencia.

Jueces. De las nueve encuestas, en dos no respondieron a esta cuestión; los que sí lo hicieron relacionaron los diversos beneficios aplicables a los reos en esta fase del procedimiento: suspensión y sustitución de la pena; renuncia a la responsabilidad civil; beneficios penitenciarios; indulto. Uno de los jueces expresó la necesidad de regular cuidadosamente la paralización del trámite para evitar la prescripción de la pena.

Fiscales. No todos admiten la posibilidad de mediar en esta fase procesal: las sentencias están para ejecutarse en sus propios términos, dicen. En los que sí la admiten (algunos se expresan en condicional) las opciones son idénticas a las de los jueces.

2.7.2.4. El impacto de la mediación penal en las decisiones de política criminal
(extracto de las respuestas a las preguntas 3, 4, 8, 9, 16, 17, 19, 20, 21).

1. Tipos penales.

⁴¹ Cabe suponer que para que no se produzcan las consecuencias que sobre las mediaciones en el derecho penal de menores ha generado la reforma de la Ley del Menor a consecuencia de la Ley Orgánica 8/2006.

Dos tercios de los jueces entrevistados consideran factible la mediación penal en delitos graves; el porcentaje se sitúa en casi la mitad si los encuestados son los fiscales. Se excluye por muchos fiscales la elaboración de listas cerradas de tipos, mientras algunos entienden aconsejable establecer límites a los tipos mediables. Se concreta por algún encuestado que los delitos no susceptibles de mediación en ningún caso serán los delitos contra la libertad sexual, mientras que en otra de las encuestas, el fiscal relata la satisfactoria experiencia de mediación realizada en un caso de delito de exhibicionismo con varios niños víctimas (con la intervención añadida -y mayor dificultad por tanto- de sus padres).

La violencia de género es considerada materia mediable por siete de los nueve jueces encuestados (quienes opinan lo contrario lo explican porque la ley lo prohíbe y porque la mujer-víctima podría sentirse coaccionada). Más del 90% de los fiscales suscribe también esta opinión. De quienes sostienen la posibilidad de mediar en estos tipos, parece que entre los jueces la disposición es más abierta y confiada; los fiscales se muestran más circunspectos y cautelosos: la mayor parte de sus respuestas dan comienzo con expresiones como “depende”, “es posible”, “podría ser”...

2. Características del autor.

Salvo uno de los nueve jueces preguntados, que admite abiertamente que no sabe, la respuesta de la gran mayoría coincide en afirmar que la mediación penal cabe respecto de todo tipo de infractores, incluso reincidentes. De los fiscales, tres cuartas partes coinciden en esta opinión aunque con más cautelas o atendiendo a las circunstancias de cada caso⁴², excluyendo a los multirreincidentes y a los habituales. Cuatro de veintiuno sostienen que la mediación sólo debiera aplicarse a los delincuentes primarios.

Casi la mitad de los jueces no contesta a la cuestión referida a la posibilidad de mediar interviniendo menores o incapaces, y quienes lo hacen, salvo uno, responden negativamente. Da la impresión de que las opiniones sean –en este supuesto más que en los demás- el producto exclusivo de la concreta experiencia personal. Sólo uno de los nueve jueces admite la mediación penal interviniendo menores y la cifra asciende a dos sobre nueve si hablamos de incapaces. Sin embargo, uno de los jueces que se manifiesta negativamente respecto de los menores, contesta afirmativamente al supuesto de mediación con incapaces porque –según relata- hizo mediación con una persona afectada por el síndrome de Down y todo fue muy satisfactorio.

De los fiscales, un tercio se opone a la mediación con personas incapaces y un poco menos, con menores.

Sólo una de las treinta encuestas hace referencia a los infractores extranjeros. Uno de los fiscales se lamenta de lo difícil que resulta plantear en estos casos la mediación al pesar sobre ellos la petición de expulsión del territorio nacional y no resultar tampoco posible sustituir la pena por multa o TBC.

⁴² Creemos de interés reseñar el razonamiento de uno de los fiscales encuestados que se decanta por estar a lo que en cada caso pudiera resultar más apropiado sin descartar la reincidencia sino precisamente por ella, porque en ocasiones nos podría estar indicando la necesidad más intensa de intervenir para conocer en profundidad los orígenes del comportamiento del autor y hallar, en consecuencia, una solución del conflicto, más allá de la puramente punitiva.

3. Consecuencias de la mediación en las causas por delito y en las faltas.

En relación con las causas por delito, como en la propia pregunta se incluían posibles respuestas, “conformidad, perdón del ofendido, atenuante de reparación del daño causado, aplicación de trabajos en beneficio de la comunidad, suspensión o sustitución de la pena, aplicación del art. 83 CP estableciendo obligaciones o reglas de conducta en caso de suspensión o sustitución de la pena”, las contestaciones mayoritarias de los jueces son “todas las descritas”; alguno aventuró algún comentario más amplio, como la necesidad de examinar caso por caso, o aplicar la atenuante de reparación del daño muy cualificada cuando “el límite punitivo no permita la conformidad”, o combinar la reprobación al infractor con la compasión; o ampliar los supuestos que dan lugar al perdón del ofendido...

Las respuestas de los fiscales no son muy diferentes: “todas”; “cualquiera”. Hay quien añade a la lista los beneficios penitenciarios o también el sobreseimiento previo. Y por algunos se hace una salvedad: no caben la suspensión o sustitución de las penas “salvo que pretenda mediarse con el Juez”. Y hay quien se conforma con que cualesquiera que sean las que finalmente se determinen, se proceda a su regulación legal “para que no quede a capricho del Juez”. En algún caso se ha descendido al detalle de recomendar para los infractores extranjeros que participen positivamente en un proceso de mediación penal la apreciación de la atenuante de reparación muy cualificada (esta vez –se entiende- por el mero hecho de ser extranjero) y así tratar de situar la pena de prisión en tres meses para poder sustituirla; de este modo, el extranjero no sería expulsado al menos como consecuencia de la aplicación de las normas penales (aunque se admite que pudiera serlo, no obstante, en aplicación del derecho administrativo).

La pregunta relativa a las faltas también contenía en su enunciado algunas respuestas pero esta vez los fiscales no atendieron a su formulación y se decantaron casi todos por el archivo de la causa en aplicación del principio de oportunidad; alguno ha observado que mientras no esté previsto legalmente lo más eficaz es no acudir al acto del juicio aunque se sea citado para ello, dando así lugar a la absolución; un fiscal del País Vasco advierte de que esta opción ha dado lugar a numerosísimas protestas y quejas de los usuarios de justicia.

Muchos de los jueces que responden a esta cuestión (no lo hacen todos) también se refieren al principio de oportunidad, decretándose el archivo de las actuaciones y a la ejecución directa del acuerdo: “un final sin reproche”, se resume.

4. La atenuante de reparación del daño.

Las respuestas de los jueces al bloque de preguntas referidas a esta materia (19, 20 y 21) ilustran poco. Un tercio no contesta y quien lo hace utiliza fórmulas genéricas, poco concretas. Así, la apreciación de la atenuante simple, analógica o muy cualificada se hace depender de cada caso concreto, sin mayor detalle o todo lo más, de la entidad del compromiso alcanzado. La aplicación de la atenuante al infractor que intervino una mediación finalizada sin acuerdo por causa de la víctima y que puso de manifiesto su voluntad reparadora merece dos lacónicas respuestas positivas, dos negativas, un “debería”, un “creo que sí” y un “no sería entonces mediación”. Ante la intervención de personas jurídicas en calidad de víctimas se afirma por un tercio de los encuestados que

no se deben apreciar diferencias al haber siempre personas físicas detrás; uno se decanta en este supuesto por la reparación simbólica y otro se dice contrario a hacer mediación en tales casos. La incidencia de la existencia de un seguro da lugar a tres tipos de respuestas: quien dice que nada cambia por ello; quien no sabe qué opinar (la mayoría) y quien sí sabe y proporciona soluciones concretas, como “ofrecer acciones al último pagador”.

Los fiscales son mucho más explícitos y ofrecen un abanico de respuestas muy amplio que puede sintetizarse en la opción mayoritaria: hacer depender el grado de la atenuante del caso concreto, con arreglo a unos pocos criterios: la entidad del delito; la capacidad económica del imputado; su voluntad y esfuerzo reparadores y la satisfacción de la víctima. Algunos fiscales prefieren decantarse directamente por la atenuante muy cualificada, de la que se haría acreedor el imputado por la especial carga de someterse a la mediación, y hay quien ofrece una casuística muy depurada: la atenuante simple, en caso de reparación económica mínima; la analógica, en caso de reparación simbólica, y la cualificada, si a la reparación económica se añade el perdón de la víctima o cualquier otra muestra que evidencie arrepentimiento.

La aplicación de la atenuante en la mediación frustrada por la víctima genera diversidad de opiniones: aproximadamente la mitad de los encuestados se decanta por el no (eso no sería mediación) y la otra mitad por el sí (la sola voluntad de la víctima no debe impedir el reconocimiento y valoración de la voluntad reparadora del infractor).

Finalmente, la reparación a las personas jurídicas no tiene por qué ser diferente a la de las personas físicas, según algunos fiscales; en opinión de otros, puede consistir en una reparación moral o en formas no económicas de reparar (aquí, alguien sugiere que se consulte a la víctima) y hay quien sostiene que ha de ser siempre económica. De haber un seguro, se considera por algunos que resulta indiferente; también se estima conveniente indemnizar a la compañía aseguradora o realizar trabajos voluntarios u otros comportamientos activos que hagan al infractor acreedor de la atenuante, pues de no ser así, no cabría aplicarla.

2.7.2.5. Otros argumentos generales (extractos de las respuestas a las preguntas 23 y 25)

Tanto jueces como fiscales reivindican como prioritario y urgente la elaboración de una Ley de Mediación. La indefinición actual “llena de trampas” a la mediación penal, genera intranquilidad en quienes la hacen y desconfianza en quienes están llamados a protagonizarla. Los inconvenientes de tipo procesal saltan a la vista, especialmente los derivados de las eventuales consecuencias de la paralización de la tramitación del procedimiento penal.

La mayor información y difusión, y el apoyo formativo adecuado a los operadores jurídicos también están entre las observaciones más repetidas en las encuestas.

Dicho esto, tanto jueces como fiscales no regatean al describir las cualidades y efectos positivos de la mediación penal. Desde la posición de la víctima, se concibe como su gran puesta en valor, un remedio frente a la revictimización secundaria. Al infractor se le da una segunda oportunidad, se le ayuda a incentivar su

responsabilización. Se destaca la reducción de los efectos nocivos del proceso penal para ambas partes, a quienes se ofrece por medio de la mediación lo que por medio del proceso no sería posible, una especie de terapia: encontrarse, dialogar, pedir y otorgar perdón, superar los miedos...

El efecto beneficioso de la mediación se extiende al resto de la ciudadanía al coadyuvar activamente a la paz social y a la cohesión de la comunidad, y desde luego para todos los encuestados resulta patente que mejora la imagen del sistema penal, de la administración de justicia en general.

En suma, de todo lo que antecede es sencillo deducir que para nuestros encuestados vale la pena hacer mediación en el derecho penal de adultos. Trabajar en ello, intentándolo con convicción, como ellos hacen, significa colaborar a la mejora de nuestro sistema de justicia penal, y representa también –como se puede leer en una de las respuestas remitidas- “un paso modificador de la realidad de enorme calado”.

2.8. CONCLUSIONES

Sin ánimo ni pretensiones de exhaustividad, de los numerosos datos, informaciones y cifras que anteceden, cabe realizar algunas inferencias:

1. La mediación aplicada al derecho penal de adultos no constituye una alternativa al proceso penal sino una metodología que, sustentada en los basamentos ideológicos de la justicia restaurativa, se engarza en el procedimiento actuando desde y para el sistema reglado de justicia penal, y contribuye a la consecución de sus fines.

2. La mediación penal no sólo no repercute negativamente sobre los derechos y garantías sustantivas y procesales de las partes sino que los refuerza; su impacto jurídico les resulta beneficioso a ambas.

3. La mediación penal descansa y se sostiene en el mediador. De su profesionalidad, su probidad y su responsabilidad dependen el presente y el futuro de la institución. La trascendencia y complejidad de su tarea imponen el trabajo organizado y en equipo.

4. La amplia pero desnivelada implantación de la mediación penal en España evidencia el desigual grado de interés institucional por divulgarla y fomentarla y sitúa la ausencia de normativa positiva en parámetros gravemente inconvenientes e incomprensibles en un estado que se proclama de derecho y se pretende situado a la vanguardia de los demás estados miembros de la Unión Europea y de la comunidad internacional.

5. El objetivo de reducir la litigiosidad, convertido en uno de los motores que impulsan las reformas legislativas, procesales y orgánicas programadas o en programación, ha contemplado la mediación como uno de los instrumentos más eficaces para ello⁴³. Sin embargo, la realidad permite constatar que, sin desdeñar como posible

⁴³ Véase el punto 6 de la hoja de ruta de la modernización de la justicia del CGPJ: el índice de litigiosidad en crecimiento exponencial desde 1999, pasando en tal año de una cifra de poco más de seis millones a casi nueve en 2008, y la presentación de la mediación como una fórmula eficaz para afrontar el problema.

tal virtualidad, la práctica de la mediación intraprosesal no interfiere notablemente en la tramitación de las causas penales y por lo tanto no cabe afirmar que por sí sola las agilice ni las ralentice.

6. La mediación penal en sus diversos niveles de institucionalización y diferentes grados de organización y de protocolización, conjugada con la ausencia de un marco legal que la discipline, provoca algunas distorsiones que merecen ser atendidas y corregidas, entre las que destacan las siguientes:

6.1.- La diversidad en el tratamiento de los asuntos:

- en su derivación: depende de los criterios personales de cada Juez;
- en el momento y la forma de remisión del acuerdo al Juzgado: cuando se acepta o cuando se firma; directamente en el propio Juzgado o a través del Registro;
- en el orden actuación con las partes: a veces se invierte lo establecido en el protocolo y se contacta antes con la víctima o se realizan los contactos indistintamente con cualquiera de los intervinientes;
- en el tratamiento de los delitos: a veces el acuerdo, ya en fase de enjuiciamiento, da lugar a su terminación por auto y otros –las más- por sentencia, ordinaria o de conformidad;
- en el tratamiento de las faltas: en algunas fiscalías se ha impuesto el criterio de que, en lugar de su archivo, se cita a las partes a juicio con la advertencia verbal de que no deberán acudir; un doble mensaje que las confunde y fomenta su desconfianza entre ellas y ante el sistema;
- en la inclusión o no de las costas procesales en el acuerdo de mediación;
- en el reflejo de la mediación en la resolución final: a veces se menciona y otras no, a criterio personal del Juez; como ocurre con su notificación o no al mediador que ha intervenido.

6.2.- La necesidad de coordinación entre juzgados, operadores jurídicos y servicios de apoyo:

- no siempre los jueces y/o fiscales que intervienen durante el proceso de mediación son quienes actúan cuando finaliza; si no existe coordinación entre ellos –y esto es muy común- las consecuencias negativas son previsibles⁴⁴;
- la coordinación –que implica comunicación fluida y bases comunes de entendimiento- entre los equipos de mediación y el órgano judicial que tramita el procedimiento penal así como con la fiscalía resulta tan imprescindible como, en tantos casos, inexistente.

⁴⁴ Destaca especialmente lo que ocurre en los servicios de mediación penal institucionalizados que establecen la regla de no interposición de denuncias durante los dos meses que puede durar el proceso de mediación, susceptible de afectar –si no se establecen medidas- a los plazos de prescripción.

- la modificación de medidas en los procesos de familia o en casos de mediación familiar debe conocerse en el procedimiento penal y en el proceso de mediación penal;
- deben existir protocolos de ejecución susceptibles de facilitar y verificar su cumplimiento, especialmente en supuestos de ejecución de acuerdos dilatados en el tiempo⁴⁵.

La ausencia de normativa que discipline el estatuto del mediador provoca en numerosos casos la desconfianza de los operadores jurídicos y de los usuarios de la justicia. Es, el de los mediadores, un trabajo de gran complejidad y responsabilidad incluso si se desarrolla en equipo y bajo el amparo institucional, lo que no siempre sucede; la vulnerabilidad y la desprotección se unen entonces a la enorme carga emocional que acompaña en todo caso el desempeño de sus tareas. Aunque con el propio desarrollo de los programas y de los proyectos se ha ido afianzando su estatus, la regulación orgánica de sus funciones redundaría no sólo en la deseable mejora en sus condiciones de trabajo y en el nivel de sus actividades, sino en un incremento del crédito y prestigio de la institución misma entre quienes la implementan y entre quienes se benefician de ella.

En suma, los efectos positivos generales de la mediación penal apuntan a la mejora del servicio público de justicia penal, al incremento de la cohesión social, a la reintegración social del infractor y la mejor protección de los intereses de la víctima, al positivo efecto en el manejo pacífico de los conflictos, que mira al futuro y previene conflictos por venir. También se estima más eficaz que la justicia penal convencional como mecanismo de control social. Sin embargo se deben también mencionar sus riesgos: por un lado los peligros de una posible banalización del modelo y la eventual ampliación negativa de la red penal, en especial si su aplicación se restringe a las infracciones menores, y por otro que sirva para contribuir –si no se inserta en políticas criminales que se apoyen en la igualdad y la justicia social- a la aplicación de meras fórmulas conciliatorias que a la postre vengán a mantener y perpetuar las injusticias del sistema.

2.9. ANEXO

Encuesta dirigida a los Jueces y Fiscales.

- 1.- ¿Qué dificultades u obstáculos (de eficacia, éticas, jurídicas, etc...) a la mediación penal ha detectado entre los operadores jurídicos o las personas intervinientes en el proceso? ¿Cuáles son las que usted considera más importantes?
- 2.- A su entender ¿cuáles son las principales ventajas de trabajar con la mediación penal en adultos?
- 3.- ¿Qué tipos penales tanto constitutivos de delito como de falta, cree que son susceptibles de derivación a Mediación? ¿Por qué?

⁴⁵ Se han dado casos de impagos de pensiones con acuerdos de reparación a nueve años.

- 4.- ¿Cree que es posible la Mediación en los delitos de violencia de género? ¿Por qué?
- 5.-¿Cuál es el criterio de selección y la forma de derivación en el Juzgado en el que trabaja? ¿Cómo y quién practica la primera comunicación con el acusado y con la víctima? ¿En qué términos? (Se ruega remitir, en su caso, una copia de la carta de ofrecimiento de la mediación a la víctima y al acusado).
- 6.- ¿Cómo se articula la participación del fiscal y del abogado defensor?
- 7.- ¿Qué plazo para la realización de la mediación tiene establecido?, ¿afecta de algún modo el tratamiento de la mediación penal al despliegue del trabajo en la oficina judicial?, ¿ha provocado alteraciones relevantes en la estructura organizativa y/o en la actitud o formas de prestación del servicio público por parte de los integrantes del Juzgado?
- 8.- Según su experiencia, ¿qué características debería reunir la persona imputada que participa en un proceso de mediación? ¿Considera posible la Mediación en el supuesto de personas imputadas reincidentes o que ya hayan participado en un proceso de mediación?
- 9.- En su opinión ¿pueden participar en el proceso de Mediación de adultos personas declaradas incapaces o menores de edad?
- 10.- ¿En qué fases del procedimiento considera posible acudir a la Mediación? (Antes del escrito de calificación; declarada la apertura de juicio oral; antes del señalamiento del juicio oral, con ocasión de la conformidad en el acto de juicio; en fase de ejecución de sentencia).
- 11.- ¿Cuáles considera que han de ser los momentos de intervención de los abogados intervinientes en el proceso de mediación (tanto defensores como eventuales acusadores)? ¿Considera que deben firmar el acta de reparación?
- 12.- ¿Qué pautas y criterios considera usted podrían permitir disciplinar las causas de sobreseimiento con ocasión de un acuerdo de mediación?
- 13.- ¿Qué mecanismos se pueden establecer para garantizar el derecho a la presunción de inocencia? Se ruega atender a los diversos supuestos: tanto si la mediación finaliza sin acuerdo como si se concluye con éxito, en atención al desarrollo ulterior del juicio oral.
- 14.- Desde la perspectiva del respeto al principio de presunción de inocencia, ¿en que supuestos se debe invitar al imputado a intervenir en la mediación, únicamente a quien reconoce expresamente los hechos o también a quien no los niega o los niega sin convicción? Ultimado con acuerdo el proceso de mediación ¿los hechos reconocidos se han separado de los contenidos en la calificación provisional hasta provocar la alteración de la calificación jurídica definitiva?
- 15.- ¿Cree compatible con el principio de presunción de inocencia recoger en acta escrita el reconocimiento de los hechos y los términos del compromiso de reparación?

En caso de considerar que podría vulnerar la regla de la presunción de inocencia: ¿cuál sería la alternativa?

16.- ¿Cuáles son a su juicio las consecuencias que en la responsabilidad penal ha de tener la finalización exitosa de la mediación en los procedimientos por delito? (Conformidad, perdón del ofendido, atenuante de reparación del daño causado, aplicación de trabajos en beneficio de la comunidad, suspensión o sustitución de la pena, aplicación del art. 83 del código penal estableciendo obligaciones o reglas de conducta en caso de suspensión o sustitución de la pena).

17.- En los juicios de faltas: ¿cuál sería la respuesta penal a la exitosa finalización del proceso de mediación? (ej.: principio de oportunidad, eficacia del perdón del ofendido).

18.- ¿Opina que es necesario que la reparación se cumpla de forma previa (total/parcial) a la resolución final del proceso?, ¿cómo influye la fase procesal en que se produzca? Consecuencias del incumplimiento total o parcial de la reparación.

19.- En caso de aplicar la atenuante de reparación del daño causado (art. 21.5) ¿en qué casos apreciaría la atenuación simple, analógica o la atenuación muy cualificada?, ¿por qué?

20.- ¿Sería posible aplicar la atenuante de reparación del daño en los supuestos en que la parte denunciada participe y la denunciante no desee participar en la mediación?, ¿y en los casos en que no haya acuerdo entre las partes, ni compromiso de reparación directa o indirecta, pero la persona infractora ha manifestado un esfuerzo por reparar.

21. ¿Qué tipo de reparación sería adecuada en los delitos contra perjudicados que son persona jurídica? En los casos en que la persona jurídica tiene cubiertos sus riesgos por un contrato de seguro ¿Se podría reparar de otra manera el daño causado?

22.- En fase de ejecución de sentencia, ¿de qué modo podría afectar a la ejecución la existencia de un proceso de mediación subsiguiente?

23.- ¿Cree que es valioso el proceso de mediación por sí mismo, con independencia de que se consiga finalmente un acuerdo? ¿Por qué?

24.- ¿Qué cualidades y qué cualificación cree que deben tener los mediadores?

25.- Otras cuestiones que considere de interés manifestar:

Encuesta dirigida a los mediadores.

1.- ¿Qué dificultades os encontráis con quienes intervienen en el proceso penal (juez, fiscal, abogado, víctima e infractor); ¿Qué soluciones se os ocurren?

2.- ¿Qué dificultades os encontráis con el propio proceso penal – por ejemplo en la redacción del acta de acuerdos, reconocimiento de los hechos, juicio, seguimiento de cumplimiento del acuerdo ... otros - ?, ¿Qué soluciones se os ocurren?

3.- ¿Qué dificultades os encontráis respecto a vuestra situación orgánica como mediadores?, ¿Qué soluciones se os ocurren?

4.- Cualquier otro tema que consideres conveniente reflexionar.

3.- PROTOCOLO DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL SERVICIO DE MEDIACIÓN PENAL INTRAPROCESAL

El presente Protocolo consta de dos fichas u hojas de recogida de datos y de control y seguimiento de los procesos de mediación penal intraprocésal.

La primera es de carácter general y la segunda se trata de una ficha que debe acompañar a cada uno de los asuntos que se deriven a mediación penal; esta ficha va dirigida al órgano judicial y a la fiscalía que participen en un proceso de mediación y por lo tanto debe ser cumplimentada por los Fiscales, Jueces y secretarios judiciales que actúen en los procedimientos penales en los que se produzca una derivación del caso a mediación.

Pretende, pues, constituirse en una herramienta de trabajo al servicio de quienes operan en la mediación penal intraprocésal para permitirles recoger toda la información relevante y, también, en un instrumento destinado a valorar y analizar los procesos de mediación que se llevan a cabo en los distintos territorios que podrían acoger los organismos y administraciones con competencia en materia de justicia, es decir el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Justicia y las Comunidades Autónomas. La información es condición necesaria para conocer y seguir las experiencias y actividades de mediación, para operar el necesario control de calidad, homogeneizar prácticas, recopilar aquellas que se consideren buenas soluciones a los problemas que se planteen, analizar los resultados y detectar obstáculos, para promover la reflexión y proposición de las modificaciones adecuadas.

3.1- FICHA DE RECOGIDA DE DATOS POR PERIODOS

➤ **FISCALÍA PROVINCIAL/ DE ÁREA:**

Fiscal coordinador:

➤ **ORGANO JUDICIAL:** Juzgado de Instrucción nº

Juzgado de lo Penal nº

Juzgado de lo Penal de Ejecutorias nº

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº

Audiencia Provincial de , Sección nº

➤ **EQUIPO TÉCNICO DE MEDIACIÓN:** Entidad Privada:

Entidad Pública: estatal/autonómica/local

Número de miembros:

Formación:
jurídicos/psicólogos/educadores sociales/sociólogos/otros

- FECHA DE INICIO PROCESO DE MEDIACIÓN:
- FECHA DE FINALIZACIÓN PROCESO DE MEDIACIÓN:
MOTIVO/CAUSA
- ASUNTOS DERIVADOS A MEDIACIÓN PERIODO SEMESTRAL/
ANUAL:
 - 1°.- Número:
 - 2°.- Con Acuerdo:
 - 3°.- Sin Acuerdo:
 - 4°.- Número Sentencias:
- OBSERVACIONES: Problemas o dificultades detectados en el periodo evaluado
- PROPUESTAS DE MEJORAS O MODIFICACIONES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN:
- VALORACIÓN DEL ORGÁNO JUDICIAL: Juez/Magistrado/Secretario Judicial y ofician de Fiscalía. Observaciones.
- VALORACIÓN DEL FISCAL. Observaciones.
- VALORACIÓN DE LOS LETRADOS. Observaciones.
- VALORACIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO. Observaciones.
- VALORACIÓN SOBRE LA COORDINACIÓN ENTRE LOS AGENTES PARTICIPANTES: OBSERVACIONES
- DATOS SOBRE NÚMERO DE ASUNTOS DERIVADOS A MEDIACIÓN SEMESTRAL/ ANUAL:

3.2.- FICHA DE RECOGIDA DE DATOS DE CADA PROCESO DE MEDIACIÓN.

- Número de causa:
- Órgano Judicial:
- Fiscal interviniente:
- Delito/Falta:
- Hecho delictivo:

- Imputado/Acusado:

Hombre/Mujer/Edad/Antecedentes penales /Nacional/Extranjero/Estado civil/Hijos/Enfermedad mental, discapacidad u otras circunstancias/Toxicomanías/Relación de parentesco con víctima/situación personal: libertad/prisión

Número de imputados:

¿Ha intervenido previamente en una mediación?

- Víctima:

Hombre/Mujer/Edad/Antecedentes penales/Nacional/Extranjero/Estado civil/Hijos/Enfermedad mental, discapacidad u otras circunstancias/Toxicomanías/Relación de parentesco con imputado/acusado/situación personal: libertad/prisión

- Tiempo de duración proceso de mediación:

- Derivación a Mediación: 1°.- de oficio: Juez/ Secretario Judicial

2°.- a instancia Equipo Técnico de Mediación

3°.- a instancia de parte: Fiscal/Letrado del acusado/
del imputado/Letrado de la víctima

- Resultado de la derivación a Mediación: Positiva/Negativa: motivo/Informe del Fiscal: positivo/negativo: motivo. Observaciones

- Resultado de la Mediación:

1°.- Con Acuerdo/sin Acuerdo: si/no

Contenido del Acta de Acuerdo: Reconocimiento hechos: si/no

Petición de perdón o disculpas

Acuerdo alcanzado: pago responsabilidad
civil/ modo y forma/compensación moral

2°.- Sin Acuerdo: Motivo: imputado/acusado; víctima; equipo técnico de mediación

3°.- Observaciones:

- Efectividad Acuerdo de Mediación ante el Órgano Judicial:

○ Juzgado de Instrucción/Juzgado de lo Penal/Audiencia Provincial

1°.- Señalamiento de Juicio Oral: si/no: motivo

2°.- Celebración del Juicio Oral: si/no/total/parcial: motivo

3°.- Sentencia de conformidad: si/no: motivo
4°.- Reconocimiento expreso del proceso de mediación en la sentencia: si/no

5°.- Fallo de la Sentencia: contenido
6°.- Concordancia del Fallo con el Acuerdo de Mediación: si/no: motivo. Total/parcial.

7°.- Observaciones

○ Juzgado Penal de Ejecutorias/Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

1°.- Concordancia de la Resolución Judicial con el contenido del Acuerdo de Mediación: si/no: motivo. Total/parcial

2°.- Observaciones:

- Ejecución Sentencia:

1°.- Ante el mismo Órgano Judicial: si/no

2°.- Cumplimiento: si/no: motivo. Total/parcial.

3°.- Observaciones:

4.- PROPUESTAS DE REGULACIÓN LEGAL Y DE AUTORREGULACIÓN

4.1. MODIFICACIONES DE DERECHO SUSTANTIVO EN EL CÓDIGO

PENAL

Primera. Necesidad de incorporar una atenuante específica al artículo 21 -21.7 CP, (o 21.6, desplazando el número 6 al 7)- en los siguientes términos:

"Será causa de atenuación de la responsabilidad penal la conciliación víctima e infractor a través de un proceso de mediación. La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral. La reparación puede entenderse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con la restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que sean consideradas como idóneas por el/la Juez o Tribunal, el Ministerio Fiscal y las partes personadas. "

El fundamento de esta nueva atenuante reside en que la participación del infractor en un proceso de mediación tiene mayor repercusión en la satisfacción de la víctima –permite a ésta preguntar los porqués, posibilita expresar su dolor y sentimientos, permite escuchar la petición de disculpas, así como elaborar su proceso de duelo por la situación traumática sufrida por el delito y que quede garantizado el derecho a saber la verdad desde el infractor, mejor que la simple reparación del art. 21.5, reparación total o parcial antes del juicio oral. Obviamente, el reproche estatal por la infracción cometida tiene que quedar más atenuado por la participación en un proceso de mediación. La nueva atenuante podría ser aplicada como simple o muy cualificada en

función de las circunstancias concurrentes en el proceso de mediación y el grado de compromiso y cumplimiento de los acuerdos a los que llegasen las personas víctima e infractora. En cualquier caso, la eventual aplicación de esta nueva atenuante llevaría aparejada la del 21.5 CP, actualmente en vigor, de reparación del daño. La concurrencia de dos atenuantes o una muy cualificada y ninguna agravante permite la degradación del marco penal en uno o dos grados atendiendo el número y entidad de dichas circunstancias (66.1.1ª y 2ª CP).

El Código Penal de Portugal recoge en el catálogo de atenuantes la idea anteriormente expuesta por medio de las atenuantes del art. 71.2.c) y 72.2.a); la primera prevé como atenuante ordinaria la conducta tendente a reparar las consecuencias del delito; la segunda, que se prevé como muy cualificada, la demostración de arrepentimiento sincero, singularmente a través de la reparación hasta donde fuese posible de los daños causados.

Segunda. En cuanto a la penalidad en las faltas, incorporación de un nuevo artículo 638 bis con la siguiente redacción:

“En caso de concurrencia de conciliación víctima e infractor a través de un proceso de mediación se acordará el sobreseimiento libre y posterior archivo de las actuaciones”.

Tercera. Modificación del art. 80 CP, incorporando un nuevo apartado -80.5 CP- en los siguientes términos:

“Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de las penas de prisión de hasta tres años aunque no concurra el requisito del art. 81.1" CP, en el caso de conciliación entre la víctima y el infractor a través de un proceso de mediación en cualquiera de las fases del proceso, siempre que no se haya procedido al archivo de las actuaciones”.

El objetivo de esta nueva norma es incentivar la participación en el proceso de mediación, incluso con posterioridad a la sentencia.

4.2. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Primera. Incorporar al art. 2 LECr. un párrafo segundo en el que se incluya la definición de mediación en los siguientes términos:

“De igual modo se deberá tener en cuenta la posibilidad de encontrar una solución mediada entre infractor y víctima, siempre en interés de ésta. A tal fin, la mediación para la conciliación en el proceso penal es una actividad en la que una parte neutral, independiente e imparcial ayuda a dos o más personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a conocer las causas reales de la infracción y las consecuencias de la misma, y a encontrar soluciones sobre la forma de reparación, tanto de una manera simbólica como material. La mediación podrá llevarse a cabo tanto en la fase de instrucción, enjuiciamiento o ejecución en su caso”.

(Nota a tener en cuenta: El proceso de mediación debe desarrollarse con arreglo a los principios informadores, voluntariedad de las partes, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad, y bilateralidad, a los que se hará cumplida mención en el epígrafe 5.1.A) de este documento).

Segunda. Ampliar la competencia de los Jueces y Tribunales. A estos efectos, añadir un nuevo párrafo al art. 9 LECr. en los siguientes términos:

"Igualmente, serán competentes para autorizar las actividades de mediación entre las partes del proceso penal, y, en su caso, incorporar al proceso los acuerdos obtenidos y el reconocimiento de la eficacia e los mismos, conforme a lo establecido en la Ley ".

Tercera. Desarrollar la actuación judicial en la fase de instrucción. A tales efectos, redactar un nuevo art. 325 bis, LECr. que, junto a la redacción del vigente art. 325 que da al juez la posibilidad de utilizar instrumentos para llevar a cabo las actividades del proceso, se conformaría para facilitar la mediación, redactado en los siguientes términos:

"El Juez de Instrucción podrá autorizar la mediación para realizar un acuerdo conciliatorio entre las partes del proceso. La mediación se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas:

1.- Incoadas diligencias previas de los arts. 774 y ss. de la LECr por el Juzgado de Instrucción, el/la Juez, con acuerdo del Ministerio Fiscal, podrá resolver someter el proceso a la mediación penal conforme a lo establecido en el art. 9 de esta Ley, en cuyo caso, en la primera declaración en calidad de persona imputada, se informará a ésta de forma sucinta de la posibilidad de someter el proceso a la mediación penal. Sin perjuicio de que, en cualquier momento de la tramitación de las Diligencias Previas el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, de la víctima, persona imputada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación.

A estos efectos, en cuanto conste la designación de Letrado para la persona imputada, se informará a éste igualmente de la posibilidad de la mediación, para lo cual, en aquellos casos en que se estime necesario, la persona imputada podrá entrevistarse de forma reservada con su Letrado a fin de que le informe del proceso a seguir y de las consecuencias de la mediación. Si éste aceptara se dictará providencia acordando el inicio del mismo en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación.

2.- De dicha resolución se dará traslado a las partes personadas y al imputado por tres días. La notificación a la víctima incluirá un documento explicativo del proceso, objetivos y consecuencias de la mediación.

3.- A tal fin, y una vez oídos la representación de las partes remitirá al equipo mediador para iniciar el proceso la providencia y testimonio de la denuncia, atestado, declaraciones, escritos de calificación provisional, en su caso, así como los informes periciales que contengan algún dato de relevancia para la calificación jurídica del hecho o para determinar la cuantía de la reparación.

4.- En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado (art. 780 LECr.) o de transformación en juicio de faltas (art. 779 LECr.), a fin de que el plan de reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

5.- Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión de la persona menor de edad. El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

6.- Concluido el proceso de mediación el equipo mediador emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en su caso, el acta de reconciliación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspecto fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, y al Juzgado de lo penal, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El mediador interviniente ratificará dicho Acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado. La víctima podrá ratificar judicialmente el Acuerdo de mediación si la misma lo solicita y siempre que no sea necesaria su presencia en el acto del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal.

7.- De dicho informe se dará traslado a las partes, para audiencia por 3 días, incorporando el mismo a las actuaciones.

8.- Remitido el acta de acuerdo y si se hubiese finalizado la práctica de diligencias informativas necesarias, el Juzgado de Instrucción dictará Auto de Procedimiento Abreviado, con traslado a las partes a fin de que procedan conforme al art. 780 de la LECr., salvo que la pena fuese inferior a un años de prisión, en cuyo caso de dictará auto de sobreseimiento libre y se procederá al archivo de las actuaciones una vez acreditado el acuerdo de los acuerdos reparadores por parte del ofendido⁴⁶.

9.- En caso de formular escrito de acusación, y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por el Letrado de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECr., bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.”.

Cuarta. Permitir la mediación en el juicio de faltas. A estos efectos al art.962 LECr., añadir un nuevo párrafo (o incorporar un nuevo art. 962 bis LECr. con el siguiente contenido:

⁴⁶ En este sentido, el art. 46.1 StGB alemán prevé la conciliación entre autor y víctima con reparación como motivo de *diversión* y cierre del proceso.

"Si por el Juzgado se hubiera incoado juicio de faltas o se hubiese dictado Auto de transformación en faltas, a la vista de la naturaleza de los hechos, corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Público, someter la cuestión al proceso de mediación, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por si o por medio de su Letrado. Si la persona denunciada y, en su caso, su Letrado mostrasen su buena disposición inicial a la mediación, se procederá de forma semejante al trámite de Diligencias Previas. Por el Juzgado se dictará providencia comunicando a las partes el sometimiento del proceso a la mediación y la intervención del Equipo de mediación a tales efectos.

Concluido el proceso de mediación el equipo mediador emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañando, en su caso positivo, el acta de conciliación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspecto fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, y al Juzgado de Instrucción, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El mediador interviniente ratificará dicho Acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado.

Sin más trámite, y de conformidad con lo establecido en el art. 638 CP, se dictará auto de sobreseimiento libre y se procederá al archivo de las actuaciones".

Quinta. Permitir la unión del acuerdo conciliatorio al sumario ante la conclusión de éste. A tales efectos, añadir un párrafo al artículo 622 en los siguientes términos:

"De igual modo, el Juez mandará la unión al sumario del acuerdo de conciliación alcanzado conforme a las reglas del artículo 325 LECr".

Sexta. Regular las consecuencias del acuerdo conciliatorio en el desarrollo del juicio oral. Añadir al efecto un párrafo en el art. 689 LECr. en los siguientes términos:

"El Juez de lo Penal procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, citando al Ministerio Fiscal y a las partes. No se citará al mediador ni a los testigos, ni peritos propuestos y admitidos, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia, de todos o algunos, en el acto del juicio oral cuando la mediación se haya alcanzado parcialmente al respecto a los hechos imputados y el mediador así lo solicite, y lo acuerde el juez. En tales casos, dicha manifestación se hará constar en el traslado de la causa para notificación del auto de señalamiento por el Ministerio Fiscal y las partes, y el mediador llamado a intervenir lo hará constar en el Acuerdo de Mediación.

Si en la causa hubiera acuerdo de conciliación, el Juez preguntará a las partes si están de acuerdo con la misma, y en caso afirmativo se procederá conforme establece el artículo 742 de esta Ley. En caso contrario, si alguna parte mostrara su disconformidad con la conciliación, se dispondrá lo que proceda en cuanto a la continuación del juicio o la remisión al instructor para concluir la instrucción, conforme establece el artículo 631 de esta Ley, expresando las actuaciones que deban practicarse".

Séptima. Incorporar la valoración del acuerdo conciliatorio a la sentencia. A tales efectos, redactar un nuevo párrafo en el artículo 742 LECr. en los siguientes términos:

"De igual modo se resolverá conforme al acuerdo conciliatorio aceptado por las partes al inicio del mismo" .

Octava. Incorporar la mediación en el procedimiento abreviado redactándose un nuevo párrafo en el art. 784 LECr. del siguiente tenor:

"El Juez podrá autorizar la mediación entre las partes en el proceso para un acuerdo conciliatorio conforme establece el artículo 325 (o 325 bis en su caso) de esta ley".

Novena. Incorporar el acuerdo conciliatorio en las sesiones del juicio oral por medio de un nuevo art. 791 bis:

"Si en las diligencias hubiera conciliación, se preguntará a las partes si están de acuerdo con la misma, procediendo en su caso conforme establecen los artículos 689 y 742 de esta Ley".

Asimismo en la fase de comparecencia de conformidad y juicio, incorporar un nuevo número 5 al artículo 787 que exprese lo siguiente:

"Si no hay acuerdo, se abrirá juicio oral. Si hay acuerdo, el Juez o Tribunal citará a las partes, persona acusada, víctima y persona mediadora al acto del juicio, que se iniciará con el trámite de conformidad, en la que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro de los términos de legalidad y valoración de la mediación antes expuestos".

Décima. Incorporar el acuerdo conciliatorio a la sentencia del procedimiento abreviado. A tales efectos, añadir al 248 LOPJ un párrafo 30:

"Si hubiera acuerdo conciliatorio, se expresará el contenido del mismo, los aspectos más relevantes de su desarrollo y el alcance que tiene en la determinación del fallo".

Asimismo, incorporar al artículo 794 LECr. una regla 3ª con el siguiente texto:

"Si hubiera acuerdo conciliatorio se recogerá conforme establece el art. 148.3 de la LOPJ".

Undécima. Regular las consecuencias de la mediación en la faltas. A tal efecto, incorporar el art. 969.3 en los siguientes términos:

"Si en el trámite hubiera acuerdo de conciliación, se procederá al sobreseimiento y archivo de lo actuado".

Duodécima. Dar entrada a la mediación en la fase de ejecución añadiendo un último párrafo al art. 984 LECr. en los siguientes términos:

"Si se produjese el proceso de mediación durante las fases de ejecución de la sentencia, ésta producirá los efectos previstos en las leyes "

Decimotercera. Habilitar al fiscal el ejercicio del principio de oportunidad. A estos efectos redactar una norma del siguiente tenor⁴⁷:

"El fiscal, con carácter previo a su decisión sobre el ejercicio de la acción pública que le corresponde, y con el acuerdo de las partes, podrá instar la iniciación del proceso de mediación previsto en la LECR. si considera que la mediación es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al conflicto generado por la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la misma".

Decimocuarta. Regular los requisitos de los equipos de mediación y de los profesionales que los componen, en los términos siguientes:

“Disposición Adicional. Corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación de los equipos mediadores que en todo caso deberán estar compuestos por un jurista, un psicólogo y un trabajador social, con formación en mediación acreditada por título expedido por Universidad Pública o Privada, conforme a las normas autonómicas reguladores. Las Comunidades autónomas en un plazo de 6 meses a partir de la publicación en el BOE de la presente ley elaborarán las normas reguladores.

El mediador, en el seno del proceso de mediación, tendrá las facultades que a continuación se detallan en orden a garantizar el cumplimiento de los objetivos de la mediación:

a) Paralizar la mediación en todos aquellos casos que puedan suponer un perjuicio para alguna de las partes en conflicto.

b) No comenzar el proceso cuando entienda que ninguna de las partes vaya a obtener beneficio.

c) Actuar bajo el principio de flexibilidad de las estructuras.

d) Tener en su poder —previa entrega por parte del responsable de la oficina judicial o del departamento competente del Servicio Común que corresponda— copia de los documentos del proceso que sean necesarios para el desempeño de la función mediadora.

e) Contactar con la persona acusada y la víctima cuantas veces estime necesario, a partir de la comunicación que el Juzgado haya realizado a las partes y a sus abogados/as.

g) Establecer la duración de las sesiones.

⁴⁷ Con un contenido similar al del art. 41 del código penal francés.

f) Llevar a cabo su labor en un espacio físico habilitado, en dependencias judiciales, para dotar de oficialidad al proceso.

Con el mismo objetivo, la persona mediadora tiene los siguientes deberes:

a) Guardar la confidencialidad de los asuntos, con sometimiento a la Ley de Protección de Datos.

b) Actuar bajo los principios de: imparcialidad, neutralidad y objetividad.

c) Comenzar el proceso siempre y cuando se cerciore de que las partes han decidido participar en la mediación voluntariamente.

d) Llevar a cabo su labor en la sede de algún organismo oficial que se considera neutral; puede ser en sede judicial o en fiscalía.

e) No entrevistarse con menores o personas incapacitadas sin sus representantes legales.

f) No recibir remuneración de ninguna de las partes.

g) Promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes.

h) Velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información y asesoramiento suficientes, en especial de tipo jurídico, para lograr los acuerdos de manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.

i) Finalizar el proceso de mediación dentro de los plazos previstos.

j) Presentar al Juzgado, una vez haya finalizado la mediación, un informe de su desarrollo junto con el acta de reparación.

k) Comparecer en caso de citación judicial para ratificación del informe.

l) Abstenerse de obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.

m) Respetar las normas deontológicas del Colegio Profesional al cual pertenezcan.

n) Ofrecer información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia.

Decimoquinta. Modificar la LOPJ para ampliar la competencia de la jurisdicción penal a la tramitación de la mediación en el proceso penal, complementándose su artículo 9.3 con la siguiente expresión:

“.....y juicios criminales así como los procesos de mediación previstos en la ley”.

Igualmente, modificar la ley que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para atribuir a los fiscales el principio de oportunidad, mediante un nuevo número 3.14 que exprese:

“Intervenir en los procesos de mediación conforme establezcan las leyes”.

| |
|--|
| 4.3. REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DEL PROTOCOLO DE AUTORREGULACIÓN |
|--|

La Mediación en las diversas fases del proceso penal⁴⁸.

1.- Mediación penal en la fase de instrucción

1.1.- Fase de contacto

a) En el trámite de Diligencias previas.

Incoadas diligencias previas de los arts. 774 y ss. de la LECr por el Juzgado de Instrucción, el Juez, con acuerdo del Ministerio Fiscal, podrá resolver someter el proceso a la mediación penal, en cuyo caso, en la primera declaración en calidad de persona imputada, se informará a ésta de forma sucinta por el Secretario Judicial de la posibilidad de someter el proceso a la mediación penal.

A estos efectos, en cuanto conste la designación de Letrado para la persona imputada, se informará a éste igualmente de la posibilidad de la mediación para lo cual, en aquellos casos en que se estime necesario, la persona imputada podrá entrevistarse de forma reservada con su Letrado, a fin de que le informe del proceso a seguir y de las consecuencias de la mediación.

En todo caso, la mediación deberá ser acordada por el Juez de instrucción, previo acuerdo del Ministerio Fiscal, dado que los acuerdos alcanzados por las partes sobre la reparación del daño podrán valorarse a los efectos de una atenuación de la responsabilidad penal. Todo ello sin perjuicio de que, en cualquier momento de la tramitación de las Diligencias Previas el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, de la víctima, persona imputada o de sus representantes legales, pueda resolver someter el procedimiento a la mediación.

Si la persona imputada y su Letrado expresan una buena disposición inicial hacia la mediación, se pone en conocimiento del Servicio de Mediación para el inicio del proceso. El Secretario Judicial elaborará y remitirá al citado Servicio un expediente con los siguientes datos, si constaren:

⁴⁸ Este protocolo fue en su primera versión elaborado para disciplinar la experiencia piloto de mediación desarrollada en los años 2005 y 2006 por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos en el Juzgado de lo penal nº. 20 de Madrid y en los Juzgados de Instrucción nº. 32 y 47 de Madrid. El equipo de reflexión que lo elaboró estuvo compuesto por Ramón Sáez, juez del Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid; Justino Zapatero, Teresa Olavaria, Carmen de la Fuente, M^a Jesús Ramundo, fiscales del TSJ de Madrid; Esther Pascual y Alfonso Bibiano abogados mediadores, y Julián Ríos, profesor de derecho penal; éstos últimos intervinieron, además, como coordinadores.

- Copia de la denuncia.
- Copia de las declaraciones.
- Copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.

Todo ello sin perjuicio de su remisión posterior, si no fuere posible por cualquier causa o se incorporaran después.

El Juzgado, a instancia de cualquiera de las partes, enviará una providencia a la persona acusada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación y que los profesionales encargados de realizarla se pondrán en contacto con ellos.

El contacto con ambas partes por parte del Equipo de mediación será telefónico, exponiendo con claridad en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento, al menos parcial, de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede), y las consecuencias (reparación del daño, reconocimiento de hechos, apreciación de atenuante). Ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad a participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión del menor. El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

El plazo de contestación definitiva acerca de la voluntad de participar en la mediación será de 7 días desde la información por parte del Juzgado y subsiguiente llamada de los profesionales mediadores, sin perjuicio de que, en atención a las circunstancias del caso, número de víctimas o personas imputadas implicadas o complejidad del asunto, sea preciso dilatar dicho plazo.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona imputada manifestase su intención de hacerlo, el Equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos penológicos que correspondan, sin que ello suponga en ningún caso menoscabo de su derecho a la defensa.

En caso de que ambas partes presten su consentimiento informado para la mediación, el Juzgado, sin perjuicio de las diligencias de investigación que deba hacer y a las que está obligado por Ley, permitirá que se pueda realizar el proceso de mediación con anterioridad a dictar Auto de Procedimiento Abreviado (art.780 de la LECr.) o de transformación en juicio de faltas (art. 779 de la LECr.), a fin de que el plan de

reparación alcanzado por las partes pueda ser tomado en consideración por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

b) En el Juicio de faltas.

Si por el Juzgado se hubiera incoado juicio de faltas o se hubiese dictado Auto de transformación en faltas, a la vista de la naturaleza de los hechos, corresponderá al Juez, con acuerdo del Ministerio Público, someter la cuestión al proceso de mediación. Sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlo por si o por medio de su Letrado.

Si la persona denunciada y, en su caso, su Letrado mostrasen su buena disposición inicial a la mediación, se procederá de forma semejante al trámite de Diligencias Previas, debiendo el Secretario Judicial poner en conocimiento del Equipo de mediación el inicio del proceso, para lo cual se remitirá un expediente aportando copia de los siguientes documentos:

- Copia de la denuncia
- Copia de las declaraciones, si constaren
- Copia de los informes periciales que obren en autos.

Por el Juzgado se dictará providencia comunicando a las partes el sometimiento del proceso a la mediación y la intervención del Equipo de mediación a tales efectos.

El plazo para la prestación definitiva del consentimiento informado para la mediación será igualmente de siete días, contados desde la información del Juzgado y llamada del Equipo de mediación.

Si la parte denunciante, o alguna de las partes en los supuestos de denuncias cruzadas, no mostrase su acuerdo con la mediación, el Equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por la otra parte (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos penológicos que correspondan. En ningún caso podrá suponer un menoscabo del derecho a la defensa.

El Juzgado de Instrucción, a fin de facilitar el proceso de mediación y dentro de los plazos legalmente establecidos, a fin de impedir la prescripción de la falta, dilatará el señalamiento para acto de juicio en espera de la finalización del proceso.

1.2.- Fase de acogida.

Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. En estas entrevistas individuales el Equipo de mediación podrá conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso. La persona mediadora deberá conocer de la persona acusada su situación específica con la justicia y

los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado, con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

El Equipo de mediación, cuando lo considere necesario, ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Así mismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

1.3.- Fase de encuentro dialogado

Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considera posible, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.

Es tarea del mediador conseguir que las partes enfrentadas por el delito dialoguen sobre los hechos, llegando a una verdad común que los dos acepten, así como que expresen libremente sus sensaciones y sentimientos ante el otro, para que así puedan llegar a un acuerdo que satisfaga tanto a la víctima, como al acusado. Para llegar a estos fines son necesarios unos medios que el mediador debe conocer y dominar, y que denominamos criterios de intervención y no técnicas de negociación. Preferimos identificarlas con la primera denominación, pues el encuentro entre la víctima y el acusado no es una negociación, sino un encuentro conciliador. Es cierto que ambas partes han de llegar a un acuerdo común que satisfaga sus pretensiones, pero ese pacto final ha de ser presentado ante el Juez, por lo que la libertad de actuación de las partes está delimitada por el propio proceso penal, que posteriormente va a condenar al acusado y a ejecutar la reparación de la víctima; por ello es que este encuentro no recibe la denominación de negociación y sí de encuentro dialogado, toda vez que en muchas ocasiones el acuerdo económico al que hay que llegar -indemnización económica- lo fija el Ministerio Fiscal y es innegociable.

Aún así para llevar a cabo este encuentro y conseguir llegar a un acuerdo reparador se necesitan una serie de técnicas que ayudan a entablar el dialogo inexistente entre las partes.

1.4.- Fase de acuerdo.

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el

Acuerdo de reparación, que llevará implícito un “Plan de reparación”. En caso que se concluya sin acuerdo, el Equipo de mediación informará de esta circunstancia al Juzgado, respetando la confidencialidad de lo tratado.

El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y otros aspectos fundamentales, se firmará por las partes y por los representantes legales de alguna de ellas, si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Instrucción.

a) En el trámite de Diligencias Previas.

Remitido el acta de acuerdo y si se hubiese finalizado la práctica de diligencias informativas necesarias, el Juzgado de Instrucción dictará Auto de Procedimiento Abreviado, con traslado a las partes a fin de que procedan conforme al art. 780 de la LECr.

En caso de formular escrito de acusación, y a fin de valorar penológicamente el acuerdo alcanzado, podrá plantearse por el Ministerio Público, por el Letrado de la defensa y de la acusación particular, en su caso, que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECr., bien mostrando la defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal o redactando nuevo escrito conjunto de calificación en el que se recojan los términos del acuerdo alcanzado y las variaciones que procedan en la calificación y valoración penológica de los hechos.

b) En el juicio de faltas.

Finalizada la mediación, el Juzgado de Instrucción señalará fecha para el acto de juicio, pudiendo la persona denunciante o denunciada ejercitar su derecho a no acudir al mismo.

A instancia del Ministerio Fiscal, y sin perjuicio de la incorporación del acta de Acuerdo como prueba documental del procedimiento, podrá comparecer la persona mediadora a fin de dar cuenta de la mediación llevada a cabo.

A los efectos de la calificación de los hechos y de la pena a imponer, se valorará el acuerdo alcanzado en los términos del art. 638 del Código Penal.

En la agenda de señalamientos de Juicios de faltas, los Juzgados de Instrucción procurarán la celebración acumulada de los procesos con mediación, a fin de facilitar la organización del trabajo del Ministerio Público y del Equipo de mediación.

1.5.- Plazo para la realización de la mediación

El plazo para la realización de la mediación, tanto en las Diligencias Previas como en el Juicio de Faltas, será de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el Juez puede ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

1.6.- Fase de comparecencia de conformidad y juicio

a) Ante el Juzgado o Tribunal sentenciador

Si no existe acuerdo o conformidad entre las partes, se abrirá juicio oral y se enviarán los Autos al Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento que corresponda.

En caso de acuerdo y conformidad se dará traslado de los escritos de calificación de conformidad al Juzgado de lo Penal que corresponda, conforme a lo dispuesto en el art. 787 de la LECr. A tales efectos, podrá solicitarse, por cualquiera de las partes, la ratificación previa del acuerdo por el equipo de mediación en el acto de juicio. Todo ello sin perjuicio de que la conformidad pueda alcanzarse en el mismo acto del juicio oral, con carácter previo a la práctica de la prueba. El Juez, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Fiscal como el abogado defensor otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

b) Ante el Juzgado de Instrucción

En el supuesto de Juicio de Faltas, nos remitimos a lo dicho anteriormente. Cabe la no comparecencia voluntaria o la celebración con asistencia de los mediadores.

1.7.- Fase de reparación o ejecución de acuerdos

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el “plan de reparación” que el Juez podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito o de la falta —art. 110 CP.

Queda a disponibilidad de las partes considerar reparado el daño con el simple desarrollo del encuentro dialogado, restitución, reparación del daño, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos u otras formas semejantes.

En todos los procedimientos por delito, la reparación del daño deberá concluirse con carácter previo a la formulación del escrito de conclusiones provisionales, a los efectos de su valoración efectiva como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Ahora bien, dicho requisito puede quedar a disposición, dentro de los límites legales, del Ministerio Público y de las partes.

Este mismo criterio se aplicará a los Juicios de faltas, donde la reparación del daño deberá ser previa a la celebración del juicio, sin perjuicio de los acuerdos que se puedan alcanzar en otro sentido y que no supongan conculcación de derechos.

1.8.- Fase de seguimiento.

El seguimiento de la reparación se efectuará, en primer término, a través del Juzgado de Instrucción competente, quien podrá en todo momento solicitar informes al equipo de mediación sobre el estado del procedimiento, el cumplimiento y ejecución del Plan de reparación.

En el supuesto de Procedimiento Abreviado, el seguimiento por el Juzgado de Instrucción se dirigirá a comprobar el efectivo cumplimiento de los acuerdos

alcanzados, ejecución que ha de ser anterior al escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, a fin de que en el mismo se recoja la atenuación que corresponda, en atención a la mediación alcanzada y a la reparación del daño satisfecha.

Ello no obstante, en caso de que las acusaciones y la defensa hubieran pospuesto la ejecución total o parcial del acuerdo a la fase de ejecución de sentencia, corresponderá al Juzgado de lo Penal competente para la ejecución el seguimiento de dicho acuerdo de reparación.

En el supuesto de Juicio de faltas, corresponderá al Juzgado de Instrucción el seguimiento del Plan de reparación acordado por las partes y la ejecución de la sentencia en los términos que se establezcan.

2.- Mediación penal en la fase de enjuiciamiento

2.1.- Inicio del proceso de mediación.

Esta fase se inicia una vez las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento conforme al art. 785 de la LECr.

Si, examinadas las actuaciones, el Juez o el Tribunal, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorase la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de enjuiciamiento, el Secretario judicial realizará una llamada telefónica al abogado de la defensa para informarle de que su caso ha sido seleccionado para un procedimiento de mediación. El objetivo de la llamada es detectar obstáculos y generar confianza en el abogado. Ello no obstante, si cualquiera de las partes del proceso, ya sea la persona autora del hecho, su representación legal o el Ministerio Público considerasen oportuno someter el proceso a mediación en esta fase, lo pondrán en conocimiento del Juez o Tribunal, quien, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorará la conveniencia de la mediación. Si éste se opone la causa seguirá el proceso ordinario para el señalamiento del juicio oral.

2.2.- Contacto con la persona acusada y su abogado defensor.

Una vez que el Juez o Tribunal, con acuerdo del Ministerio Fiscal, haya valorado la conveniencia de someter el proceso a mediación, el Secretario Judicial realizará una llamada al abogado defensor para informarle de que su caso ha sido seleccionado para una experiencia de mediación. El objetivo de la llamada es detectar obstáculos y generar confianza en el letrado.

Si el abogado expresara una buena disposición inicial hacia la mediación, se pondrá en conocimiento del equipo de mediación para el inicio del proceso. El Secretario judicial elaborará y remitirá al Equipo de mediación un expediente con los siguientes datos:

- Copia de la denuncia.
- Copia de las declaraciones.
- Copia del escrito de acusación del Ministerio Fiscal
- Copia del escrito de defensa.

- Copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.

El Juzgado o el Tribunal, a instancia de cualquiera de las partes, dictará una providencia de derivación de la causa al proceso de mediación y la enviará a la persona acusada y a la víctima, en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación y que los profesionales encargados de realizar la mediación se pondrán en contacto con ellos/as.

El contacto con ambas partes por parte del equipo de mediación será telefónico y con una carta explicativa, en la que se expondrá claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento, al menos parcial, de los hechos), proceso (entrevistas personales, con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede) y las consecuencias (reparación del daño, reconocimiento de hechos, apreciación de atenuante). Ante la respuesta de ambas partes, se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad para participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.

El plazo de contestación definitiva acerca de la participación en la mediación será de 15 días (aunque no debe considerarse el plazo de naturaleza preclusiva) desde la notificación de la providencia judicial. Si la contestación es negativa por cualquiera de las dos partes, se documentará la misma y por el Juzgado se dictará providencia haciendo constar el seguimiento de la causa por los cauces ordinarios para el señalamiento de juicio oral, notificándose la misma al Ministerio Fiscal, a las partes y al Equipo de mediación.

Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona acusada manifestase su intención de hacerlo, el Equipo de mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos penológicos que correspondan. En ningún caso podrá suponer un menoscabo del derecho a la defensa.

Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el menor y su representante legal, prevalecerá la decisión de la persona menor de edad, (art. 2 de la LOPJM).

El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.

2.3.- Fase de acogida.

Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en mantener una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones de la persona

mediadora (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. En estas entrevistas individuales el equipo de mediación podrá conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso. La persona mediadora deberá conocer de la persona acusada su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

Con esta información, la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado con base en la existencia del conflicto y su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basada en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

El Equipo de mediación, cuando lo considere necesario, ofrecerá información a las partes sobre las posibilidades de acceso a otros Servicios de Cooperación con la Justicia. Así mismo, con el consentimiento de la persona afectada, podrá recabar de dichos Servicios información útil al procedimiento de mediación.

2.4.- Fase de encuentro dialogado.

Esta fase consistirá en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desearan y el mediador lo considerase posible, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas. Los criterios de intervención ya están expresados en el apartado correspondiente de la fase de instrucción.

2.5.- Fase de acuerdo.

Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito un “plan de reparación”. En caso que se concluya sin acuerdo, el Equipo de mediación informaría de esta circunstancia al Juzgado o al Tribunal pero respetando la confidencialidad de lo tratado. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, y al Juzgado de lo penal, quien lo remitirá al Ministerio Fiscal a efectos de notificación. El mediador interviniente ratificará dicho Acuerdo a presencia judicial al presentar el mismo ante el Juzgado. La víctima podrá ratificar judicialmente el Acuerdo de mediación si la misma lo solicita y siempre que no sea necesaria su presencia en el acto del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal.

El Acuerdo podrá ser firmado por los Letrados para garantizar el derecho a la defensa.

Por el Juez de lo Penal se procederá a dictar Auto de admisión de pruebas y señalamiento de juicio oral, citando al Ministerio Fiscal y a las partes (acusado, víctima, y sus representantes procesales). No se citará al mediador ni a los testigos, salvo que la víctima con excepción del caso anteriormente citado, ni peritos propuestos y admitidos, salvo que el Ministerio Fiscal o la representación procesal de las partes manifiesten la necesidad de su presencia, de todos o algunos, en el acto del juicio oral si la mediación es parcial respecto a los hechos imputados y en relación a estos últimos o el mediador, en casos excepcionales, lo solicite a petición propia. En tales casos, dicha manifestación se hará constar en el traslado de la causa para notificación del auto de señalamiento por el Ministerio Fiscal y las partes, el mediador interviniente lo hará constar en el Acuerdo de Mediación.

Es conveniente la celebración en un mismo día de varios juicios con mediación para facilitar el trabajo de los Fiscales y del Equipo de mediación.

Si el proceso de mediación no llegase a un Acuerdo, el mediador interviniente elaborará un documento que remitirá al Juzgado de lo penal que, a su vez, dictará providencia, la cual notificará a todas las partes poniéndoles en conocimiento el seguimiento de la causa por los cauces ordinarios de señalamiento de juicio oral.

2.6.- Plazo para la realización de la mediación.

El plazo para la realización de la mediación es de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el/la Juez o el Tribunal puede ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

2.7.- Fase de comparecencia de conformidad y juicio.

Si no hay acuerdo, se abrirá juicio oral. Si hay acuerdo, el/la Juez o Tribunal citará a las partes, persona acusada, víctima y persona mediadora al acto del juicio, que se iniciará con el trámite de conformidad, en la que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, siempre dentro de los términos de legalidad (art.787 LECr.) y valoración de la mediación antes expuestos.

El abogado y Ministerio Fiscal definirán y debatirán las consecuencias jurídicas (determinación exacta de la pena y posibles medidas suspensivas o sustitutivas de la pena). Ambas partes entrarán en la Sala y podrán exponer ante el Juez los hechos, acuerdos y demás cuestiones que deseen expresar.

En caso de que cualquiera de las partes manifieste en dicha comparecencia su oposición al acuerdo alcanzado, se procederá a la celebración del juicio mediante la práctica de prueba.

El Juez o el Tribunal, en su caso, velará por la idoneidad de la valoración jurídica que tanto el Ministerio Fiscal como el abogado defensor otorguen a los acuerdos, dictando sentencia de conformidad cuando proceda.

Si dentro del proceso de mediación víctima o acusado plantearan dudas sobre el alcance penológico del Acuerdo u otras cuestiones jurídicas, el mediador interviniente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y podrá remitir a ambas partes al ministerio Fiscal a dichos efectos.

2.8.- Fase de reparación o ejecución de acuerdos.

La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el “Plan de reparación”, que el/la Juez o el Tribunal podrá incluir como contenido de la responsabilidad civil derivada del delito —art. 110 CP—, o como regla de conducta del art. 83 CP en caso de que se adoptase la suspensión de la ejecución de la condena.

La ejecución material de la reparación deberá, al menos, iniciarse, con anterioridad al acto del juicio oral.

La reparación puede entenderse suficiente, si así lo acuerdan las partes, con el desarrollo del contenido del encuentro dialogado: restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que la práctica de esta experiencia vaya dando y que sean consideradas como idóneas por el Juez o el Tribunal, el Ministerio Fiscal y el abogado defensor.

Si dentro del proceso de mediación se contemplara la reparación del daño por medio del pago de la indemnización, el mediador interviniente remitirá al acusado y a su representación procesal al Juzgado de lo penal a dicho efectos, o le facilitará el número de cuenta del Juzgado.

2.9.- Fase de seguimiento.

El seguimiento de la reparación se efectuará a través del Juzgado o Tribunal sentenciador, o en su caso, el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución.

5.- DOCUMENTO IDEOLÓGICO SOBRE MEDIACIÓN PENAL.

5.1.- (A) MEDIACIÓN: CONCEPTOS BÁSICOS

SUMARIO: 1.- La mediación desarrollada en el ámbito penal tiene como objetivo, tal y como señala la Declaración de la ONU de 2006, crear un espacio comunicativo no adversarial ni amenazante donde los intereses y necesidades de la víctima, del infractor, de la comunidad y de la sociedad puedan satisfacerse. 2.- En contraste con modelos de sistema penal basados en sistemas de Justicia retributiva, la mediación y la Justicia restaurativa proponen, entre sus objetivos prioritarios, humanizar el derecho penal, reformulando el modelo de justicia. 3.-La Justicia

Restaurativa supone una opción por el diálogo, no por la confrontación. 4.- La Justicia restaurativa aboca a las partes a la búsqueda de la verdad y el reconocimiento voluntario de la existencia de un conflicto, como paso previo a su solución. 5.-La justicia restaurativa convierte a la víctima en protagonista. 6.-La Justicia restaurativa potencia la responsabilización del infractor y recupera la vocación reinsertadora del sistema penal. 7.- La mediación penal no es un instrumento alternativo al proceso penal ni a la judicialización del conflicto delictivo; respeta el complejo edificio de garantías procesales construido sobre la base del Estado social y democrático de Derecho. 8.- La Justicia Restaurativa y la mediación tienen cobertura en la normativa nacional e internacional. 9.- La mediación obedece y se rige por unos principios que revelan su naturaleza al tiempo que la protegen en su implantación de eventuales riesgos y excesos. 10.- La mediación no supone la privatización del proceso penal. 11.- La mediación no se debe identificar con los juicios de conformidad.

En estos años de experiencia teórica y práctica de la mediación en el ámbito penal hemos comprobado que una parte importante de las reticencias, críticas o posicionamientos jurídicos enfrentados son producto del desconocimiento tanto del concepto de mediación como de su forma de realización, posibilidades, riesgos, mecanismos de reducción de éstos y -no menos importante- de su contextualización filosófica.

Con el objetivo de informar sobre estas cuestiones hemos elaborado este epígrafe, y tratar así despejar las dudas y críticas que se formulan desde los diferentes ámbitos de conocimiento, o conseguir que –al menos- sean fundadas. Creemos que de este modo contribuiremos a afianzar la implantación de un modelo de resolución de conflictos, contemplado y reconocido por la normativa internacional, de tal modo que represente no sólo un avance tímido en la mejora del sistema de justicia sino que también permita extraer y describir todas las consecuencias positivas que genera para las personas e instituciones que intervienen en él. Esto exige, además de conocimiento del modelo, esfuerzo de reflexión jurídica para superar los rígidos esquemas procesales existentes a fin de incorporar este instituto al sistema normativo penal, en la seguridad de que no producirá menoscabo alguno en el sistema de garantías procesales y de que servirá para coadyuvar al propio tiempo al incremento de la eficacia en los fines preventivos del sistema penal.

A este objetivo van encaminados los postulados que siguen.

1.- La mediación desarrollada en el ámbito penal tiene como objetivo, tal y como señala la Declaración de la ONU de 2006, crear un espacio comunicativo no adversarial ni amenazante donde los intereses y necesidades de la víctima, del infractor, de la comunidad y de la sociedad puedan satisfacerse.

El proceso penal convencional no respeta convenientemente ni atiende a las necesidades efectivas de las personas que, tapadas bajo una maraña de formalidades, acaban por ocultar la naturaleza del problema subyacente en la infracción penal y por hacer imposible un abordaje razonable de sus soluciones. Así mismo supone, en la

mayoría de los casos, una experiencia dolorosa para las víctimas y para los infractores⁴⁹. Bien puede decirse que, desposeídas las partes del conflicto, son instrumentalizadas con fines punitivos, orientando toda la formalización procedimental hacia pretensiones procesales ajenas por completo a la solución que unos y otros habrían considerado razonable. Efectivamente esta opción es la que se corresponde con la que mantienen algunos penalistas para afirmar que “no le corresponde al Derecho Penal restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por éste”⁵⁰.

Frente a este diagnóstico, la mediación penal, en sentido amplio, consiste en el método de resolver los conflictos que, debidamente incorporado al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por aquéllos, devolviéndoles una parte de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima por la infracción penal. Supone, por tanto, una respuesta dirigida más a atender necesidades reales de la víctima, del infractor y de la comunidad social que pretensiones procesales simbólicas⁵¹.

Aunque se desarrollará específicamente en otros momentos a lo largo de este estudio, como descripción introductoria en los términos recogidos en documentos de Naciones Unidas, cabe señalar que la mediación ofrece a la víctima del delito la oportunidad de participar directamente en la solución de la situación creada por la infracción penal y abordar sus consecuencias; de recibir respuestas a sus preguntas acerca de los hechos directamente de la persona ofensora, si así lo desea; de expresar el impacto sufrido a consecuencia de lo ocurrido; de obtener la restitución o reparación; de recibir disculpas; de restaurar, cuando sea necesario, la relación con la persona ofensora; de establecer reglas de conducta preventivas de cara al futuro; de elaborar eficazmente su particular duelo y alcanzar su cierre. Por su parte, al infractor se le brinda la oportunidad de reconocer la responsabilidad sobre lo ocurrido y conocer y comprender sus efectos en la víctima; de expresar sus emociones (incluso el remordimiento) respecto de la ofensa; de recibir apoyo para reparar el daño causado a la víctima o a su familia; de compensar, restituir, reparar, disculparse; de restaurar, cuando sea necesario, la relación con la víctima, de alcanzar un cierre⁵².

Frente a sus innumerables ventajas, no podemos dejar de apuntar un riesgo preocupante sobre el que se volverá más adelante: la mediación puede quedar anclada en un carácter instrumental y reducida a una mera formalidad burocrática en la que

⁴⁹ Como señala Braithwait, la mediación en un proceso donde todas las personas con algún interés afectado por una injusticia tiene la oportunidad de discutir las consecuencias la misma y lo que habría que hacer para poner las cosas en su lugar. El valor clave es que, dado que la injusticia daña, la justicia debe sanar, (Braithwaite, John, 2003.) “The fundamentals of restorative. In A Kind of mending: restorative justice in the pacific island”. Eds. Sinclair Dignen, Anita Jowit and Tess Newton Cain, 2003).

⁵⁰ Silva Sánchez, J.M., “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”, en Revista del Poder Judicial, 1997, núm. 45.

⁵¹ Pascual Rodríguez, E., “La mediación en el Derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento”. En Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2006.

⁵² United Nations, 2006. Handbook on restorative justice programmes. New York: United Office on Drugs and Crime

primen criterios pragmáticos; ser concebida por los poderes públicos como medio de solucionar las dilaciones y retrasos en la administración de justicia, por la víctima como instrumento para negociar más ventajosamente la indemnización a que eventualmente crea tener derecho, por el infractor para obtener sin grandes costes ni contrapartidas una rebaja de la pena. Para evitarlo, la mediación y su aplicación tienen que estar en una permanente revisión crítica para evitar desviaciones o perversiones respecto de los valores que promueve el modelo teórico que la fundamenta: la Justicia Restaurativa.

2.- En contraste con modelos de sistema penal basados en sistemas de Justicia retributiva, la mediación y la Justicia restaurativa proponen, entre sus objetivos prioritarios, humanizar el derecho penal, reformulando el modelo de justicia.

Como señala Ferrajoli, el Derecho penal, aun rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. Un análisis del sistema penal en sus consecuencias revela la fría y deshumanizada mecánica del crimen y castigo⁵³.

En efecto, en el modelo hoy imperante en nuestro sistema penal -basado en los postulados de la justicia retributiva-, “el mal reclama el mal”⁵⁴, la reparación de la ofensa, del delito, exige una pena, una sanción equivalente. La justicia tiene que ver más con la venganza que con el reconocimiento del daño causado, con el perdón, con la construcción de una sociedad más justa. La Justicia retributiva se centra primaria y monotemáticamente en el castigo del culpable y otorga relevancia casi exclusiva a las instituciones de control formal. La Justicia restaurativa, sin embargo, valora la necesidad de la intervención de las instituciones penales pero insiste en procurar la corresponsabilidad de la sociedad y de todo el tejido social en la prevención y evitación del delito así como en el tratamiento y la inserción social de los infractores. Mientras que la Justicia retributiva se asienta en la idea de que la única intervención ha de ser la que se sostiene en el monopolio de la violencia del Estado, la Justicia restaurativa, aún manteniéndola, reivindica el diálogo y el encuentro personal como formas saludables y no violentas de restablecer la paz quebrada por el delito. La Justicia retributiva pone el acento en la función social y simbólica del Derecho penal mediante la amenaza de la pena, acudiendo a la privación de libertad en régimen carcelario. La Justicia restaurativa, aun considerando la necesidad de mantener tales respuestas punitivas, prefiere subrayar la función de prevención y pacificación de los conflictos, destacando la preocupación por la atención efectiva de las necesidades reales de las personas que intervienen como partes en el proceso penal. En suma, mientras la Justicia Retributiva retribuye y, aunque sea civilizada, tarifada y proporcionalmente, responde a la violencia con más violencia, la Justicia restaurativa repara, responsabiliza, sana, pacifica, apelando a lo mejor de las partes procesales, del sistema judicial y de la propia comunidad.

⁵³ En este sentido, la mediación trata de poner rostro y biografía a la burocracia despersonalizada del proceso penal y de superar el diagnóstico de Carnelutti: “desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes...”. Carnelutti, F., op.cit. “Las miserias...”, Temis, Bogotá, 2005, 48. Cit. por Ramón Sáez Valcárcel en la ponencia, “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia”, en Consejo General del Poder Judicial, Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Madrid, 2007, 37.

⁵⁴ Zagrebelsky, G. y Martini, C.M.. “La exigencia de justicia”. Minima Trotta. 2006.

En definitiva, la introducción en el sistema de justicia penal por medio de la mediación de los postulados de la Justicia Restaurativa no persigue tan solo humanizar un modelo de justicia obsesivamente centrado en la idea del castigo y la expiación, sino reformularlo desde el diálogo, la reparación del daño, la nivelación de las asimetrías sociales, para procurar la obtención efectiva de Justicia.

3.- La Justicia Restaurativa supone una opción por el diálogo, no por la confrontación.

Si la palabra es un atributo de los seres humanos y el diálogo es lo que nos convierte en seres relacionales e interdependientes, su utilización no puede ser neutra en la justicia penal para el logro de los fines que pretende.

Sin embargo, el proceso penal sustituye el encuentro entre las personas y el diálogo por el interrogatorio. De este modo, el rico potencial de la palabra, con su capacidad de acercar posiciones y hacerse cargo del punto de vista del otro, puede acabar convertido en argucia para eludir la acción de la justicia o agravar las consecuencias jurídicas del delito, según qué posición ocupe el actor.

La Justicia Restaurativa, a través de la mediación, trata de encontrar soluciones que impulsen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, explorar arreglos en lugar de dar órdenes, buscar soluciones que fomenten la compensación y no represalias de modo que se “anime a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, hacer el mal”⁵⁵. Se trata de estimular el diálogo; ayudar a ponerse en el lugar del otro; cultivar actitudes empáticas; cuidar los procesos de responsabilización personal (único antídoto efectivo frente a la reincidencia); evitar la frecuente confusión entre la responsabilidad ética⁵⁶ (que mira hacia el pasado pero, sobre todo, hacia el futuro) y la responsabilización criminal (proceso de adquisición de conocimiento que mira siempre hacia el pasado y, en último extremo, permite que los protagonistas puedan ver reafirmada su presencia en el marco de la intervención institucional ante su conflicto)⁵⁷.

Bien puede decirse que en la forma de abordar los conflictos, la Justicia Restaurativa apela a lo mejor de las partes y juega con ello a favor de una resolución que acaba siendo realmente sanativa no sólo para los intereses enfrentados sino para la colectividad entera.

4.- La Justicia restaurativa aboca a las partes a la búsqueda de la verdad y el reconocimiento voluntario de la existencia de un conflicto, como paso previo a su solución.

El reconocimiento voluntario de la autoría⁵⁸ (y el acto de responsabilidad que en él se manifiesta obtenido tras un proceso de mediación) es el punto de partida para la resolución eficaz del conflicto. No sólo es una pretensión procesal y premisa mayor

⁵⁵ Christie, N., “Los límites del dolor”, op.cit. 134

⁵⁶ Jonas, H., “El principio de responsabilidad”, Herder, Barcelona, 1995.

⁵⁷ Como señala Pranis, la Justicia restaurativa asume que los humanos somos profundamente relacionales. Hay una necesidad humana fundamental que significa estar en buena relación con los demás. El enfoque restaurativo reconoce y trabaja con esta necesidad humana, Pranis, K. Restorative values. In Handbook of restorative justice, eds. Ferry Johnstone, Daniel W. Van Nexx, 59-74, Wilan publishing.

⁵⁸ Que, naturalmente, no implica necesariamente acuerdo sobre todos los hechos conforme son literalmente expuestos y relatados en el acta de acusación.

fáctica para la consecución de una consecuencia jurídica. El derecho a la verdad forma parte de la reparación debida. Solamente desde la verdad se puede reparar adecuadamente, se superan los miedos y se pacifica la convivencia de manera duradera; sólo desde la verdad se individualiza justa y útilmente la respuesta penal. Se trata de hacer frente al reto moral más imponente al que convocara Kant con su “atrévete a saber”; tener la audacia de conocer la verdad material y no sólo la procesalmente relevante, de ahondar en las consecuencias materiales y morales de todo proceso penal, de lo que supone para las personas y sus circunstancias más allá de lo que pueda constar en los autos y expedientes judiciales. Se trata de reconocer la constatación zubiriana de que «el hombre es un ente que no puede desentenderse de la verdad, sino que ésta constituye un ingrediente esencial de su propia realidad humana»⁵⁹. En el proceso penal convencional, sin embargo, interesa la verdad formal; la verdad material no se aprecia ni se recompensa, y así en no pocas ocasiones la víctima se siente engañada respecto de los hechos, dando con ello entrada a sentimientos de impotencia o, peor aún, de venganza.

La Justicia restaurativa busca la verdad, la incentiva, la orienta hacia la superación del problema, a la reparación del daño y a la responsabilización del autor; de su horizonte axiológico, pues, forman parte la verdad, la minimización de la violencia institucional, la paz social; la consecución, en fin, de la justicia.

5.- La justicia restaurativa convierte a la víctima en protagonista.

La Justicia Restaurativa nos introduce de lleno en el tiempo de las víctimas. Definitivamente no puede disimularse que todo el sistema penal moderno se edificó en torno a la idea de castigar al culpable, olvidando la protección de los intereses y derechos de la víctima. Con Roxin se puede afirmar que “nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, aunque sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y, recién después, ver si existe algo más que disponer”⁶⁰. Se trata de una auténtica “neutralización de la víctima” según el certero diagnóstico de Hassemer. El daño se despersonaliza y lo injusto de lo sucedido se configura como un atentado contra valores considerados en abstracto, condiciones básicas para nuestra vida social, desapareciendo la visión del delito como suceso interpersonal que, además de afectar a la sociedad, ha producido un daño tangible que conviene reparar.

A pesar de previos esfuerzos de algunos prestigiosos juristas y criminólogos, la victimología en nuestro país se ha hecho visible tardíamente y parcialmente, sólo respecto de determinadas categorías de víctimas, las provocadas por el terrorismo y más tarde las que padecen la violencia de género. No obstante tal limitación inicial, el respeto que las víctimas de todo delito merecen ha terminado por situarse en el primer plano de atención de los expertos. En todo caso, es conveniente alertar acerca del riesgo de que su recién adquirida relevancia en el proceso penal no sirva de coartada para, utilitaria y torticeramente, recortar los derechos del infractor y las garantías del sistema o incrementar la dureza de su respuesta. Víctima e infractor están situados en posiciones

⁵⁹ Nicolás, J.A., «La teoría zubiriana de la verdad», en J. A. Nicolás y O. Barros, Balance y perspectivas de la filosofía de X. Zubiri (Granada 2004) 139

⁶⁰ Roxin, C “La reparación en el sistema de los fines de la pena” en Julio B. J. Maier (comp.) “De los delitos y de las víctimas”, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, 140.

procesales diferentes. Sin embargo, el único momento de enfrentamiento irresoluble entre ambos lo constituye el infeliz momento del delito. Es entonces cuando sus intereses son radicalmente contrapuestos. Lo que más tarde debe procurar el proceso penal contemplado desde la mirada restaurativa es superar la confrontación y apostar por el diálogo. Para ello habrá de asegurar la protección inmediata y efectiva de la víctima y su derecho a la reparación del daño, y hacer posible que el infractor asuma los hechos -de haber sido responsable de los mismos- y repare el daño causado.

La Justicia Restaurativa parte de la víctima y de sus intereses pero los hace confluir con los del infractor y con los de la comunidad; la paz y el diálogo social que el delito quebró serán así restablecidos y saldrá fortalecida la vigencia de la norma.

Y es que la Justicia Restaurativa, al reconocer a la víctima, al devolverle el protagonismo que merece y velar por la cobertura de sus necesidades, presenta un enorme potencial sanativo para restañar sus heridas, ampliando al mismo tiempo las funciones asignadas al sistema de justicia penal mediante la inclusión de la reparación del daño en todas sus modalidades (patrimonial, simbólica, emocional), lo que constituye, como señala Rojas Marcos⁶¹, la mejor forma de superar “la obsesión crónica con los malvados que quebrantaron sus vidas y que les impide cerrar la herida y pasar página. Pues es un hecho que los perjudicados por sucesos traumáticos que tienen el pasaporte de víctima temporal se recuperan mejor que aquellos que, consciente o inconscientemente, se aferran a esta nacionalidad por un tiempo ilimitado”. Se trata, en suma, de ayudar a vivir incluso los delitos más graves como una “terrible odisea, pero una odisea ya superada”.

A todo ello contribuye la Justicia Restaurativa y su instrumento privilegiado: la mediación. No se trata por tanto sólo de incorporar a la víctima al vigente modelo de justicia penal sino de reformularlo desde la víctima y sus necesidades, contribuyendo al propio tiempo al objetivo de la pacificación social y la rehabilitación y reinserción social del infractor.

6.- La Justicia restaurativa potencia la responsabilización del infractor y recupera la vocación reinsertadora del sistema penal.

Ser responsable implica aceptar que -ante la estructura jurídico-formal de reproche- se ha de responder, se han de asumir las consecuencias de los actos y tratar de reparar sus efectos dañinos. Lo que equivale a poner en juego la dimensión ética del ser humano y convertir a cada persona en reconductora de su propia vida. Contra lo que suele pensarse, la mayoría de las personas está dispuesta a disculparse y reparar el daño causado. Ese es también el máximo interés de buena parte de las víctimas, mucho más atentas a esos objetivos que al castigo como tal. Sin embargo, el sistema de justicia retributiva no incentiva ni el reconocimiento de la autoría del delito ni su perdón; más bien estimula lo contrario. Al poner el acento en la responsabilidad criminal, minimiza la responsabilidad ética. Así, por paradójico que parezca, el sistema penal convencional termina generando irresponsabilización, despersonalización, incapacidad para asumir consecuencias. Todo un impagable servicio a la reincidencia.

Desde la mirada de la Justicia Restaurativa se contempla un sujeto libre (aunque condicionado por las circunstancias), capaz de dialogar y de adoptar decisiones morales

⁶¹ Rojas Marcos, L, “¿Condenados a víctimas perpetuas?” en diario El País, 28 de julio de 2005.

y, sobre todo, perfectible, porque aunque nuestros comportamientos nos pertenecen, no nos definen y, menos aún, nos pre-determinan o configuran definitivamente nuestra identidad.

La Justicia Restaurativa apela, pues, “a lo mejor” de cada ser humano, también del infractor, al que invita a reconocer la verdad, a hacerse responsable de sus consecuencias, a abandonar un estilo de vida poco respetuoso con el prójimo (aunque sea consecuencia de una historia de desatención y carencias) y a alcanzar autonomía y respeto a las normas de convivencia social. En términos de invitación, no de imposición.

En esta línea, también contribuye a sostener el postulado de la reinserción social como horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. La reinserción social de los infractores no es un mero y vano deseo alumbrado por los primeros ilustrados, retomado por el humanismo cristiano y los correccionalistas y asumido por todas las corrientes humanizadoras del Derecho penal. El referente de la reinserción –en muchos casos, sería más apropiado hablar de inserción- se asienta, como hemos ya indicado, en la perfectibilidad humana, en la innata capacidad de los seres humanos no sólo de modificar el entorno que habitan sino de transformarse y perfeccionarse a sí mismos. Sin ella, no habría aprendizaje posible; la enseñanza, la transmisión de la experiencia, serían tareas inútiles.

En definitiva, la Justicia Restaurativa, al tiempo que responsabiliza al infractor frente a la víctima y le compromete con la efectiva reparación del daño causado, atiende a sus necesidades reales⁶², especialmente la de conocer la trascendencia y alcance del mal causado por medio, precisamente, de la persona que lo ha sufrido; posibilita su rehabilitación y su reinserción en la sociedad y facilita el análisis de la etiología del delito para atender sus déficits personales y sociales, si los hubiere.

7.- La mediación penal no es un instrumento alternativo al proceso penal ni a la judicialización del conflicto delictivo; respeta el complejo edificio de garantías procesales construido sobre la base del Estado social y democrático de Derecho.

El Derecho Penal es un instrumento necesario para la convivencia y mantenimiento de la cohesión social. Su legitimidad reside tanto en los fines que doctrinal y constitucionalmente tiene asignados como en el respeto de los derechos y garantías procesales de que son destinatarios los ciudadanos, así como en la reducción de las disfunciones que origina su aplicación que, en ocasiones, no sólo genera un intenso sufrimiento personal indeseado e innecesario sino que supone, además, una disminución en la vigencia efectiva del contenido de derechos.

Para alcanzar un incremento en la legitimidad del sistema penal en los términos planteados y obtener una mayor satisfacción de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos de naturaleza penal -atendiendo a las necesidades de la víctima y apoyando la posibilidad de reinserción de los infractores-, la mediación se revela como un instrumento privilegiado en el seno de proceso penal y respetuoso con todas las garantías procesales, al reconocerlas como el logro más perfilado del Derecho penal,

⁶² Sánchez Álvarez, P., “Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde”, en Consejo General del Poder Judicial, op.cit. “Alternativas a la judicialización...”, Madrid, 2007, 25 ss.

sustantivo y procesal. Por ello, la apuesta realista de la Justicia Restaurativa a través de la mediación que proponemos, estará siempre presidida por el exquisito cuidado en no vulnerarlas, y aun más, tratará de aunarlas y garantizar eficazmente la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a la tutela efectiva de los tribunales, en la convicción de que su reubicación en un horizonte más amplio de justicia evitará su reducción a meras declaraciones formales y retóricas.

8.- La Justicia Restaurativa y la mediación tienen cobertura en la normativa nacional e internacional.

Desde los primeros años de la década de los '80 del siglo pasado, son numerosas las declaraciones e instrumentos provenientes de organismos internacionales que contemplan la Justicia Restaurativa en general y la mediación en particular como objeto y en ocasiones objetivo prioritario de atención.

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

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

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

- Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social: "Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal", en la que se solicita a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal el estudio de la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en mediación y justicia reparadora, y en la que se hace un llamamiento a los Estados para que formulen políticas de mediación y Justicia Restaurativa entre los sectores de ejecución, de aplicación de la ley, así como entre las autoridades judiciales y sociales, y las comunidades locales.

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

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

- Principios propios del Consejo Económico y Social recogidos en la Resolución 2002712 que contienen las bases para la aplicación de programas de Justicia restaurativa en materia penal.

En el ámbito del Consejo de Europa⁶³, cabe destacar:

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

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

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

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

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

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

En el ámbito de la Unión Europea debe destacarse:

⁶³ La normativa emanada del Consejo de Europa tiene relevancia porque sirve para destacar los principales problemas que afectan a las víctimas y establecer las líneas generales para afrontarlos. Sin embargo, por su carácter de "Recomendaciones", su efectividad depende de la voluntaria aplicación por los estados miembros. El tratado que constituye el Estatuto del Consejo de Europa ha sido suscrito por 30 estados y 21 lo han ratificado, entre ellos, España (Instrumento de ratificación de 29-12-2001). Vid. En la Colección Digital del CGPJ, "La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea", Marina Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch.2008.

- Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 1999, al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: Normas y Medidas. Afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador en interés de las víctimas, y baraja la posibilidad de indemnizar el daño o recuperar los bienes al margen del procedimiento penal convencional.

Finalmente, no podemos dejar de reseñar de manera especial la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal que establece: ..."Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006" (arts. 10 y 17).

La influencia en Europa de la Decisión Marco 2001/220/JAI ha sido muy positiva: ha contribuido a garantizar los derechos de las víctimas en el proceso penal, y a impulsar a los Estados miembros de la Unión a regular la mediación en el proceso penal como mecanismo específicamente bien dotado para la mejora de su situación procesal. No obstante, el Estado español aún no ha hecho frente a las obligaciones legislativas impuestas por la Unión Europea en este campo, ni por el momento entiende que para ello haya que introducir modificaciones en la legislación vigente toda vez "que se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma" (respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004).

En el derecho interno, en lo que se refiere al derecho penal de adultos, el Código Penal contempla en distintas disposiciones la incidencia y las consecuencias en el proceso penal por delito de la reparación del daño causado a la víctima. Así, hay que hacer mención en primer lugar a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante genérica del art. 21.5 CP en relación con el art. 66.2 CP y el art. 83.1.5 CP; también al art. 91.2 del Código penal contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido; así mismo, en el artículo 88 CP se establece como requisito para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, el esfuerzo "por reparar el daño causado". También hay que mencionar los tipos para los que, en la parte especial, el CP regula la reparación a la víctima como agravante específica: delitos sobre ordenación del territorio (arts. 319 y ss CP); sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss); contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP).

En el ordenamiento jurídico penal de los menores infractores, la reparación se halla regulada en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000 (LORPM). El modelo existente contempla la reparación directa e indirecta bajo ciertas premisas: la existencia de infracción menos grave o falta; la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor infractor, en particular la ausencia de violencia o intimidación graves; que el menor se

haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado por la infracción o cualquier otra actividad educativa propuesta por el equipo técnico. En fase de ejecución de las medidas impuestas, ya sin sometimiento a los requisitos objetivos y subjetivos mencionados en el art. 19, el art. 51.2 LORPM contempla el cese de la medida que se esté cumpliendo por acuerdo conciliador o reparador entre la víctima y el infractor cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplida expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. En el art. 60.5 del Reglamento de desarrollo de la LORPM, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio, se establece la posibilidad de conciliación entre menores internados que hayan sido sancionados en un centro cerrado, circunstancia que permite suspender la sanción impuesta.

9.- La mediación obedece y se rige por unos principios que revelan su naturaleza al tiempo que la protegen en su implantación de eventuales riegos y excesos.

La mediación, como toda herramienta que trata de gestionar relaciones personales, conlleva riesgos sobre los que se debe reflexionar y actuar para anularlos o minimizarlos⁶⁴; en este sentido, el Juez, el Fiscal, el Abogado y el Mediador son los responsables y garantes, en sus diferentes ámbitos competenciales, de neutralizarlos y de dotar de seguridad al proceso mediador, mediante la observancia durante el desarrollo del proceso de mediación de los principios que caracterizan la mediación al tiempo que la protegen frente a los riesgos y los excesos que eventualmente pudieran afectarle:

- Voluntariedad de las partes⁶⁵. El proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora. Se debe garantizar para la víctima la ausencia de cualquier tipo de presión y para la persona acusada la posibilidad de volver a la fase procesal que corresponda. Respecto de la información, se exige en la necesidad de que las personas –partes procesales- estén perfectamente informadas de las fases del proceso de mediación, de sus repercusiones y consecuencias, de los derechos que le asisten como parte procesal tanto si se someten a la mediación como en caso contrario.

- Gratuidad. El proceso será totalmente gratuito debido al carácter público que tiene el Derecho penal; los gastos derivados de la mediación serán asumidos por la Administración de Justicia.

- Confidencialidad. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. El Juez no tendrá conocimiento del contenido del proceso salvo lo pactado en el documento final -acta de acuerdos-, y lo que las partes deseen expresar en el acto de la vista oral. En ningún caso, si alguna de las personas quiere desistir de la mediación realizada, hasta antes del inicio del juicio oral, ni el juez,

⁶⁴ A saber: el abuso o presiones por parte del infractor a la víctima para llegar acuerdos y reducir la pena; el abuso de la víctima exigiendo actos de reparación desproporcionados que excedan de los límites legales; la limitación de derechos procesales; la disminución de la eficacia, fin preventivo de la pena, u otros que se expondrán detalladamente en otros epígrafes.

⁶⁵ Seguimos, en lo que sigue de este apartado, el texto “La Mediación Penal y Penitenciaria. Un programa para su regulación”. Coord. C. Sáez, Thompson-Aranzadi, 2008, págs. 319 y ss.

ni el fiscal, ni abogados acusadores o defensores, pueden utilizar dato o expresión alguna recogida en el acta de acuerdos. Dicho de otro modo, las expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio oral.

- Oficialidad. Le corresponde al Juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal.

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

- Bilateralidad. En correlato lógico de la filosofía subyacente en la mediación, ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones. Esto no impide que la mediación se desarrolle sin el encuentro dialogado y presencial de la víctima con el acusado. Puede existir acuerdo entre las partes a través de un proceso de entrevistas individuales si es voluntad de la víctima no encontrarse con el acusado. En todo caso, deberán expresar sus posiciones y voluntad de reparación y de aceptación de las mismas ante el juez en el acto del juicio oral, o en cualquier otro momento procesal que ponga fin al procedimiento penal.

10.- La mediación no supone la privatización del proceso penal.

La mediación aquí contemplada y tratada no provoca la privatización del proceso porque no concibe el conflicto como un “asunto privado”, ni se propone como sistema alternativo sino como una herramienta de que se vale la justicia penal para una más adecuada respuesta al delito, integrada en el sistema penal e incorporada a las diferentes fases del procedimiento.

El carácter público de este instrumento de justicia restaurativa queda garantizado en tanto que corresponde a los diversos poderes y órganos estatales –desde el legislador hasta los operadores jurídicos- definir y delimitar el marco de la mediación, sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales, y asegurar la observancia de las garantías procesales, evitando o corrigiendo los eventuales abusos que pudieran aparecer. La acción pública continúa en manos del Ministerio Fiscal, que debe mantenerla y fijar los límites penológicos que no deben ser sobrepasados en el acuerdo de mediación, correspondiendo al Juez determinar en la resolución que ponga fin al procedimiento la consecuencia jurídica de la infracción penal, así como los contenidos reparadores. Con independencia de la función fiscalizadora y garantista del Ministerio público y del Juez al controlar y sancionar los contenidos y el alcance de los acuerdos de reparación suscritos por las partes, se trata desde luego de un modelo de justicia innovador porque se construye en “horizontal”, por medio del diálogo entre iguales, sin fórmulas encorsetadas ni imposiciones, frente a la “verticalidad” y rigidez formal del proceso penal convencional⁶⁶. Pero la introducción en el sistema de justicia penal de estructuras

⁶⁶ Martínez Escamilla, M., “Justicia reparadora, mediación y sistema penal. Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?” en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Edisofer, Madrid 2008.

y perspectivas novedosas no altera su esencia ni autoriza a vincular la llamada “privatización” del derecho penal con la mediación.

Desde otro punto de vista, se argumenta asimismo con la privatización a que inevitablemente aboca la mediación a partir de la constatación de que la mayor presencia y protección de la víctima en el proceso penal se encuentra frecuentemente asociada al intento de otorgarle “un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito”⁶⁷, atendida la naturaleza privada de la reparación. En suma, se plantea, especialmente en círculos científicos, la “ubicación de la reparación en el sistema de la teoría de la pena” reflejándose así el temor de que a fuerza de atender prioritariamente los intereses de la víctima se termine “por suprimir la pretensión penal o su necesidad de realización”⁶⁸ y finalmente se diluya la diferencia ontológica entre el derecho civil y el derecho penal. Sin embargo, no hay que olvidar que la participación en una mediación en el seno de un procedimiento penal, por el rasgo esencial de voluntariedad a que nos venimos refiriendo, no se resuelve forzosamente en la consecución de un acuerdo, y de ser así, la reparación consensuada –que puede no tener contenido indemnizatorio e incluso ser de carácter simbólico- coexiste en todo caso con la sanción penal. Así pues, la reparación pactada en el eventual acuerdo no sustituye a la penal, la atenúa en su imposición, o la sustituye o suspende en su ejecución. Tampoco desde esta perspectiva los temores acerca de la influencia de la mediación penal sobre la disolución de los límites públicos y privados del ordenamiento jurídico se hallan, pues, justificados.

La presencia cada día más intensa y extensa de la llamada Justicia penal negociada, que en nuestro ordenamiento jurídico penal se concreta en los llamados “juicios de conformidad”, esa “suerte de negocio jurídico procesal”⁶⁹, y su injustificada vinculación con la mediación, abonan la confusión -a menudo interesada- y conducen a trasplantar a la mediación las sospechas que se propagan en torno a la justicia penal negociada de contribuir a contaminar el derecho penal –paradigma del derecho público- con elementos propios del derecho privado. A ello nos referiremos más detalladamente en el siguiente apartado.

11.- La mediación no se debe identificar con los juicios de conformidad.

Con frecuencia se confunde mediación penal con conformidad procesal en el ámbito del procedimiento penal de adultos, incluso por parte de quienes intervienen institucionalmente en el procedimiento penal. Por eso se hace preciso detener con alguna atención nuestra mirada sobre los juicios de conformidad para tratar de, conformando su figura, comprobar su cercanía o ajeneidad a los contornos de la mediación.

Los orígenes y fundamentos que en derecho comparado y en nuestro derecho interno explican la implantación y rápido desarrollo de una institución sin raíces en nuestro sistema y sólo sucintamente regulada en las leyes procesales, tienen que ver con

⁶⁷ Esser, A., “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, en “De los delitos y las víctimas”, Ad-Hoc, 2008, pág. 51.

⁶⁸ Hirsh, H.J., “La reparación del daño en el marco del derecho penal material”, en op.cit. “De los delitos...” Ad-Hoc, 2008, pág. 84

⁶⁹ Oliva Santos, A., “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, <http://www.ucem.es/info/procesal/revista/inocencia.html>.

fenómenos comunes, la sobrecarga de pendencia en los Juzgados y Tribunales, la lentitud en la tramitación de los procedimientos, la duración excesiva de las respuestas judiciales, el incremento de la población penitenciaria, especialmente la preventiva, “orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia”⁷⁰. La influencia del derecho anglosajón y los procedimientos de “plea bargaining” se han dejado notar en el derecho europeo. La recomendación del Consejo de Ministros de Europa (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, sugirió expresamente la implantación de procedimientos semejantes en los países de la Unión Europea para “acelerar la justicia”. La intensa presencia de la conformidad en países como Alemania, Bélgica, Francia, por no mencionar Italia, cuyo sistema de “conformidad premiada” es la fuente de que se nutrió nuestra legislación, tiene su origen y fundamento en criterios utilitaristas y pragmáticos que han encontrado en la carga de trabajo no resuelta y el colapso de un buen número de órganos judiciales, el terreno abonado para su entusiasta y acrítica aceptación⁷¹.

No es éste probablemente el lugar para expresar las distorsiones –cuando no perversiones- que la conformidad hipertrofiada está causando en los principios del sistema de justicia penal en los estados de derecho así como en la práctica cotidiana de los Juzgados y Tribunales, pero sí es preciso hacer notar que constituye un fenómeno constatable que advierte de los peligros de establecer y favorecer el despliegue, en un mecanismo tan delicado, tan vulnerable a los desequilibrios internos como el procedimiento penal, de instituciones inspiradas en paradigmas ajenos, con intereses y parámetros exclusivamente pragmáticos. Peligros que, en el ámbito de la mediación penal, no cabe descartar como posibles si para tratar de justificarla se formulan argumentos basados en su eventual aptitud para obtener rendimientos valorables cuantitativamente⁷².

Sin perjuicio de que la incorporación del acuerdo de mediación alcanzado en la fase de enjuiciamiento del procedimiento penal encuentra en la mayor parte de los casos su mejor cauce en el juicio de conformidad, que la institución procesal de la conformidad entre acusación pública o privada, acusado y abogado defensor puede servir formal y simbólicamente para materializar el acuerdo alcanzado entre las partes a consecuencia de un proceso de mediación, no es menos cierto que, por un lado, para la incorporación del acuerdo reparatorio en el concreto procedimiento penal el juicio contradictorio no debe ser descartado⁷³, y que, por otro lado, en el juicio de conformidad tal como está articulado y practicado en los Juzgados y Tribunales penales, la víctima no tiene voz; queda al margen de la negociación y de su resultado (como también sucede, en tantas ocasiones, con el acusado); sus expectativas de justicia no son atendidas porque ni siquiera son conocidas. La sensación de olvido, de marginación, y

⁷⁰ Expositivo 1 del Protocolo de Actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía española el 1 de abril de 2009.

⁷¹ El 26 de abril de 2020, el diario “El País”, titulaba así su crónica de tribunales: “El 60% de las sentencias penales se pactan para evitar el juicio”. Según cifras del CGPJ, de 250.314 diligencias urgentes de juicio rápido tramitadas en España durante el año 2009, 120.064 se habían resuelto con conformidades. “La Justicia dato a dato 2009”, pág. 60.

⁷² Ver epígrafe 5.7 de este documento, especialmente el subepígrafe dedicado al riesgo de la burocratización: Olvidar de dónde venimos es el mejor modo de equivocarse la vía por la que hemos de avanzar.

⁷³ Menos, si pensamos que una de las características básicas del proceso de mediación –como ya sabemos- es la *voluntariedad*, que se hace extensiva, si estamos en fase de enjuiciamiento, hasta el momento en que la aceptación y vigencia del acuerdo reparador son manifestados por los intervinientes ante el Juez.

el sentimiento de impotencia y enojo que se genera en las víctimas mientras esperan, a menudo en vano, ser escuchadas, atendidas, informadas, es comprensible y también evitable. Y constituye la manifestación más obvia, más evidente, de las marcadas diferencias entre dos instituciones –la conformidad y la mediación penales- que, sin ser incompatibles, no son en absoluto equiparables.

5.2.(B). LOS ACTORES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN, EL PAPEL DEL JUEZ, DEL FISCAL Y DEL ABOGADO; EL SECRETARIO JUDICIAL EN EL MARCO DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA FIGURA DEL MEDIADOR⁷⁴

Entre los actores que en todo proceso de la mediación intraprocésal intervienen con un rol determinado, debemos referirnos a los profesionales que toman parte activa en el juicio, a los que ya se ha hecho o se hará en lo sucesivo referencia copiosa en este documento, en concreto, el juez, el fiscal y el abogado. A la figura del Secretario judicial, al que se ha hecho mención en menor medida siendo no obstante referente importante en la andadura procesal de la mediación penal y pieza esencial en la estructura de la nueva oficina judicial que ya se avista, se dedica un subepígrafe, para finalizar con una especial atención dedicada al mediador, esa tercera persona imparcial y experta que interviene en la resolución de los conflictos desde la independencia, la imparcialidad y la neutralidad, y en quien pesa la responsabilidad del buen fin del proceso de mediación aun no poseyendo a día de hoy una regulación que discipline su actividad y le dote formalmente, frente a usuarios y actores de la Justicia, de la estabilidad y relevancia que sus funciones y responsabilidades demandan.

Los actores del proceso de mediación, el papel del juez, del fiscal y del abogado.

1.- El Juez.

El Juez es fundamental en el proceso de mediación intraprocésal por ser quien a través de recoger el resultado de la misma en la sentencia, y haciendo el control definitivo de la legalidad del acuerdo adoptado, crea las bases para el posterior control de la ejecución de lo acordado y es a quien corresponde llevarla a cabo.

En los programas piloto que se han ido realizando es también el principal actor de la derivación a mediación por lo que posee una importancia capital en el desarrollo del proyecto.

Debemos tener en cuenta que su función fundamental es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y, para ello, debe mantener una postura neutral, por lo que debe protegerse del riesgo de presituarse mediante su participación en el proceso mediador. Debe evitarse que el Juez acceda a lo que ocurre dentro de las sesiones de la mediación y los hechos que puedan o no reconocerse dentro de la misma, limitándose su conocimiento al que pueda obtener a través de los mecanismos propios del proceso.

⁷⁴ Utilizamos, para designar a cada uno y cada una de los y las profesionales que mencionamos, el término en sentido genérico, comprensivo de toda persona que desarrolla tal actividad, cualquiera que sea su género. Igualmente –al referirnos al mediador- se pretende abarcar en este concepto la labor mediadora tanto si es desplegada individualmente como si lo es en equipo.

Por ello, la elección del mediador no puede verse condicionada por la voluntad del Juez o del Fiscal. La independencia y la autonomía, funcional y orgánica, de los mediadores así lo exige. El Juez habrá de velar porque la mediación no pueda ser utilizada por alguna de las partes en beneficio propio, por lo que no deberá admitir, en tanto no sea debidamente regulada la materia, que el mediador pueda ser llamado como testigo al procedimiento judicial. A tal efecto, se podría incluir en la resolución por la que se acuerde derivar el asunto a mediación, una reseña en la que se haga constar a las partes el carácter absolutamente confidencial de la mediación y la imposibilidad de que el mediador pueda ser llamado como testigo en caso de que el procedimiento judicial continúe su curso. Como se ha dicho, tampoco podrá el Juez intervenir en el núcleo de la mediación, de cuyas vicisitudes debe quedar completamente al margen sin que pueda exigir a los mediadores, y luego utilizar para su decisión, que le informen de lo que se ha admitido o no en la mediación sobre todo si ésta fracasa, o fuera de lo recogido en el acta con el acuerdo de autor y víctima, que son los verdaderos dueños del proceso mediador.

El Juez y el fiscal tienen la última palabra en el control de la legalidad del acta de reparación pero no pueden vetar a los mediadores que intervengan en el concreto proceso si no es por motivos tasados, relacionados con un caso determinado, nunca de forma general. Ello sin perjuicio de que si concurriera alguna causa de recusación o abstención de los mismos se pueda actuar de oficio. En otro caso, no se garantizaría la independencia y autonomía del mediador, lo que iría en contra de la propia filosofía de la mediación: por lo mismo que el Juez no puede vetar a un fiscal, un letrado o un médico forense, tampoco podría vetar a un mediador.

Entendemos que la decisión sobre la derivación hacia el procedimiento mediador deberá tomarse en la fase de instrucción por el órgano que la lleve a cabo. En la fase de enjuiciamiento cabe la posibilidad de que el Juez derive el procedimiento a mediación pero siempre procurando preservar su neutralidad, lo que podría salvarse con el establecimiento legal de requisitos para la derivación o con la exigencia de que la misma contara con el aval de todas las partes implicadas (acusación pública y privada y defensa). En la fase de ejecución, el Juez encargado de la ejecutoria podrá realizar la derivación sin que pueda verse afectada la presunción de inocencia ya que ésta ha sido destruida por la sentencia.

Ahora bien, una cosa es quién decide acerca de la derivación y otra a quién atribuir la iniciativa. La iniciativa de la mediación puede surgir del Juzgado, de la Fiscalía, de la víctima o del acusado y su defensa, si bien para llevarse a cabo debe reunir determinados requisitos relacionados con el tipo de delito, circunstancias personales de autor y víctima, etc... Estos requisitos, que actualmente están incorporados a los protocolos de los diferentes proyectos, deberán en el futuro incluirse en la ley, para garantizar la seguridad jurídica.

La última intervención judicial será la comprobación de que el acta de la mediación y las obligaciones establecidas en la misma se ajustan a los preceptos legales y al orden público con una especial observancia de las garantías procesales fundamentales. Para ello, y sobre todo si existen menores implicados, deberá oír previamente al Ministerio fiscal.

2.- El Fiscal.

Conforme al artículo 124 de la Constitución, el Ministerio fiscal tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. En igual sentido se manifiesta el artículo 1 de su Estatuto Orgánico. Para el cumplimiento de sus misiones, según su artículo 3, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras, las siguientes funciones:

- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa, lo que incluye los derechos fundamentales del imputado uno de los cuales es, sin duda, el de la posibilidad de rehabilitación y reinserción social.

- Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas, lo que incluye el facilitar la reparación económica de la misma y, en lo posible, una efectiva reparación moral. Pero es que, además, el Ministerio Fiscal es parte activa en la definición y ejecución de la política criminal del Estado. Y la llamada política restaurativa forma parte de esa política criminal que el Ministerio Fiscal coadyuva a realizar.

En el fondo de la mediación, por lo tanto, el Ministerio Fiscal es una pieza fundamental porque:

- Tiene la obligación de facilitar el cumplimiento de los fines de la pena y de defender los derechos fundamentales del autor de un delito por lo que, en cuanto la mediación redunda en ello, su intervención es decisiva.

- Debe velar por la satisfacción de las víctimas, a las que representa y defiende en el proceso penal, y con la mediación participa en esa labor.

- Debe defender el interés de la sociedad lo que, sin duda, se lleva a cabo de una forma mejor con mecanismos de persecución penal de los que la sociedad sea copartícipe.

- Es el encargado de impulsar en los Tribunales de Justicia la persecución penal por lo que no puede concebirse una actividad mediadora en el proceso penal sin su participación activa.

El Fiscal participa de todo lo que hemos indicado anteriormente para el Juez, con una diferencia: el Fiscal, al ser parte, no corre el riesgo de contaminarse. Por ello, puede perfectamente ser el referente institucional de los mediadores caso de que precisen realizar consultas de carácter jurídico a lo largo del proceso de mediación, que no parece conveniente por tal motivo que sean trasladadas al juzgador. Igualmente, si la dirección de la investigación se le otorgara legalmente podría proceder a la derivación de los asuntos a mediación adoptando las medidas de oportunidad que la ley tenga a bien concederle.

3.- El Abogado.

Es tema debatido el de la intervención que se debe conceder al abogado en la mediación. La experiencia en la mediación penal de adultos demuestra que la participación de los letrados en las sesiones mediadoras, las dificultan de forma importante, por lo que no parece conveniente su presencia. Por otra parte, la experiencia en la jurisdicción de menores nos demuestra que es fundamental la implicación de los letrados para que la mediación funcione. Pare ello creemos importante la formación de los abogados en la mediación penal y de ese modo no se la conciba como un peligro para su cliente y para su labor profesional, sino como un beneficio para todos y para la consecución de una justicia de calidad.

Consideramos que es importante que el abogado asista a la comparecencia ante el Secretario judicial en la que se informe a su cliente, si lo considera oportuno, del objeto y fin de la mediación, así como de su papel en dicho proceso, si bien es recomendable que no se encuentre presente en el desarrollo de las sesiones de mediación, a fin de favorecer el protagonismo de las partes en las mismas. El abogado debería alentar a sus clientes y favorecer la utilización de la mediación como recurso a disposición de éstos.

El abogado debe informar a su cliente de los perjuicios y beneficios de participar en la mediación, dando su visto bueno al acuerdo logrado. Pero las fases del proceso hasta el acuerdo –éste incluido- han de ser personales y confidenciales, sin perjuicio de que la parte interesada pueda consultar con su abogado la oportunidad o bondad de su suscripción. Ahora bien, sólo podrá oponerse al mismo de forma legalmente motivada para lo que deberán preverse los mecanismos sustitutorios precisos en caso de negativa caprichosa. De esta forma se garantizaría el derecho de defensa de forma escrupulosa. Así pues, el abogado es fundamental en la comparecencia informativa y ha de revisar el acuerdo alcanzado por las partes antes de su firma, como garantía del derecho de defensa. Será el mediador quien valorará en cada caso la conveniencia de que participen los letrados de las partes de forma presencial o activa en la propia mediación –y en el encuentro, incluso- aunque de forma excepcional. Como regla general parece, en principio, poco conveniente.

El acuerdo a que eventualmente lleguen las partes a consecuencia del proceso mediador tiene que ser en relación con los hechos, con los acontecimientos que protagonizaron, y su incidencia en sus vidas y acerca de cómo superarlos. A partir de ahí, el acuerdo se ha de llevar al procedimiento penal y sólo entonces podremos hablar de consecuencias jurídicas. Es en tal momento cuando el letrado y los demás actores institucionales del procedimiento penal, fiscal y juez y, claro está, abogado, recobran protagonismo.

El Secretario judicial en el marco de la nueva oficina judicial.

Hablar del Secretario Judicial es referirse a una figura por la que el legislador parece manifestar una especial querencia, consideradas las reformas procesales habidas en los últimos años.

En efecto, del contexto organizativo derivado de la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) llevada a cabo por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, emergió el Secretario Judicial como director de la oficina judicial y

desde entonces su presencia activa en el procedimiento viene siendo considerada “presupuesto determinante” para conducir el proyecto de reforma o implantación de la nueva oficina judicial (NOJ) “a buen fin”⁷⁵.

Esa reforma de la LOPJ diseñó a grandes rasgos un nuevo modelo de organización de la administración de justicia configurado sobre las siguientes bases⁷⁶:

1) La dotación al Ministerio de Justicia de relevantes competencias cualitativas sobre la Oficina Judicial a través fundamentalmente de la organización jerárquica de los Secretarios Judiciales.

2) El mantenimiento de la atribución a los Jueces y Magistrados de la superior responsabilidad sobre la Oficina Judicial si se trata de las Unidades de Apoyo, pero no de los Servicios Comunes Procesales, cuya dirección se adjudica a los Secretarios Judiciales, previendo consecuentemente una ampliación de sus competencias en la tramitación de los procedimientos en las sucesivas reformas de las normas procesales.

3) La asignación de mayores competencias a las Comunidades Autónomas en la organización y funcionamiento de los Servicios Comunes y en el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Como consecuencia y en desarrollo de lo establecido en la LOPJ, y para preparar el camino a la definitiva y generalizada implantación de la nueva oficina judicial se publicó la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal que, partiendo de la idea base de la reforma de 2003, esto es, que los Jueces y Magistrados fueran relevados de todas las tareas no vinculadas directamente con las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, diseñó una redistribución de competencias entre Jueces y Secretarios Judiciales⁷⁷ que ha provocado la reforma integral de las leyes procesales, fundamentalmente la Ley de enjuiciamiento civil, pero también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

⁷⁵ Así lo afirmaba en 2005 Ricardo Bodas, entonces Director General de Relaciones con la Administración de Justicia, en la presentación del libro “Claves para la gestión de la nueva oficina judicial”, de Balardi, Bendala y Carmena, editado por El Derecho y el Ministerio de Justicia, texto que fue distribuido desde esa Dirección General a todos los Secretarios judiciales de España con el fin de contribuir “a la información y formación necesaria para unos profesionales sobre los que gravitará de modo decisivo la implantación de la nueva oficina judicial”, según también se expresaba en su presentación.

El Secretario Judicial viene siendo objeto de atención preferente por autoridades políticas y judiciales en términos tan elogiosos y complacientes que –de tan repetidos- se están convirtiendo en tópicos: “eje de la reforma”, “clave de la nueva oficina”, “pivote del proyecto”, “figura imprescindible del cambio organizativo”, son sólo algunas de las expresiones más reiteradas a propósito de la participación del Secretario en la NOJ.

⁷⁶ Seguimos en este planteamiento a Inmaculada de Miguel Herrán en la ponencia “La organización de la nueva oficina judicial en la Administración de Justicia en el País Vasco”, incluida en el texto “Reformas Procesales y la Oficina Judicial”, Servicio Central de Publicaciones del País Vasco. 2007. Pág.25.

⁷⁷ Como expresa su Exposición de Motivos, “una de las claves fundamentales para que las Oficinas judiciales alcancen el objetivo de prestar un servicio próximo y de calidad, recogido en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia, reside indudablemente en... los Secretarios judiciales... técnicos en Derecho, cuya capacitación les permite responsabilizarse de determinadas materias que si bien quedan fuera de la potestad jurisdiccional atribuida con exclusividad a Jueces y Tribunales, no por ello son menos importantes para la buena marcha del servicio público que constituye la Administración de Justicia”.

así como la Ley de Procedimiento Laboral, y en menor medida la Ley de enjuiciamiento criminal, afectando igualmente a otros doce cuerpos legales.

1. El diseño de la nueva oficina judicial.

Como ya se ha indicado, el nuevo modelo de Oficina judicial –definida como la organización de carácter instrumental que presta su apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales– ha sido diseñado como la adición de las dos Unidades previstas por el artículo 436 de la LOPJ: las unidades procesales de apoyo directo (UPAD) y los servicios comunes procesales (SCP) y la eventual presencia de las Unidades Administrativas a que se refiere el art. 439 LOPJ.

Con carácter general, las UPAD son unidades de la Oficina Judicial que asisten directamente a Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Como consecuencia de la redistribución de tareas, la tradicional atribución a cada Secretario judicial de un Juzgado, Sala o Sección no se ha mantenido, de forma que cabe que cada Secretario Judicial pueda asumir más de una UPAD⁷⁸.

Los SCPs son aquellas unidades que, sin estar integradas en un órgano judicial concreto, asumen labores centralizadas de gestión y apoyo en las actuaciones desplegadas como consecuencia de la aplicación de las leyes procesales. Están previstos tres tipos: el Servicio Común General, el de Ordenación del Procedimiento y el de Ejecución. Cada uno de ellos será dirigido por un Secretario Judicial. Como pueden estructurarse en Secciones y éstas organizarse en Equipos, ambas Jefaturas serán desempeñadas también por Secretarios Judiciales. Interesa destacar que en el Servicio Común General –encargado de desplegar las tareas centralizadas y de carácter transversal no encomendadas a los otros Servicios Comunes– está prevista, entre otras, la Sección encargada de la estadística judicial.

Así mismo la LOPJ prevé la existencia de unidades administrativas que “sin estar integrada(s) en la Oficina Judicial, se constituye(n) en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la oficina judicial, así como sobre los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales”, como explican Balerdi, Bendala y Carmena en el texto citado⁷⁹. Estas unidades administrativas garantizan el adecuado funcionamiento de la totalidad de unidades de cara al exterior y a los propios integrantes de la organización, resolviendo sus problemas de gestión diaria en la prestación de servicios como los de medicina legal, los de asistencia psicosocial, peritos, traductores, etc., y en ellas podrán integrarse personal tanto de la Administración de Justicia como de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas.

2. Las competencias procesales del Secretario Judicial⁸⁰.

⁷⁸ La ORDEN JUS/3244/2005, de 18 de octubre, por la que se determina la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales, ha previsto que la dotación básica de una Unidad de Apoyo Directo de un Juez de lo Penal será de un Secretario Judicial para cada dos Unidades, un Gestor procesal y un Tramitador procesal. Para un Juez de Instrucción, de un Secretario, dos Gestores procesales y dos Tramitadores procesales, y para cada Sección de la Audiencia Provincial un Secretario Judicial, un Gestor procesal y un Tramitador procesal.

⁷⁹ Balerdi, Bendala y Carmena, op.cit. “Claves para la gestión...”, pág. 80.

⁸⁰ Seguimos en este apartado el contenido esencial de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Para un más amplio conocimiento de esta materia resulta recomendable la lectura de la

Como ya se ha dicho, y se manifiesta expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, el principal y compartido objetivo en la reforma de todas las leyes procesales ha sido redistribuir las competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro.

La idea central de la reforma ha sido la de determinar las competencias procesales del Secretario judicial de modo que, salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se atribuya -“por defecto”- la competencia del trámite de que se trate a aquél.

En relación con el inicio y admisión a trámite de las actuaciones, el criterio general consiste en atribuir al Secretario judicial competencia para admitir la demanda o escrito inicial en todos los órdenes jurisdiccionales salvo en la jurisdicción penal en que, por razón de la naturaleza de los derechos afectados, se reserva la admisión de la denuncia o querrela a la decisión del Juez o Tribunal.

En el orden jurisdiccional penal se ha modificado el artículo 761 de la Ley de enjuiciamiento criminal para armonizarlo y concordarlo con el 776, manteniéndose la competencia del Secretario judicial para instruir de sus derechos al ofendido o perjudicado, en los términos de los artículos 109 y 110 de la misma Ley. También se atribuye al Secretario judicial la obligación de informar a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual de los derechos que les asisten según la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, así como a las víctimas de delitos de terrorismo.

3. Incardinación de la mediación penal de adultos en las competencias del Secretario judicial en la nueva oficina judicial⁸¹.

Como venimos diciendo en este documento, la mediación intraprocesal realizada en el procedimiento penal de adultos puede desplegarse en todos sus momentos procesales, durante la instrucción, el enjuiciamiento y la ejecución.

Sabemos que el proceso de mediación está construido a partir de un conjunto organizado de actos realizados por el mediador con criterios de flexibilidad pero también con observancia de pautas y protocolos que ordenan y homogeneizan sus tareas. Las características esenciales de la mediación, que también conocemos, *voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad*, informan las distintas fases que integran el proceso: la fase de contacto, la fase de acogida, la fase de encuentro dialogado y, finalmente, la fase de acuerdo.

Pues bien, en cada una de ellas, la participación del Secretario judicial en el marco de la nueva oficina judicial resultará relevante, tanto si interviene en las UPADs como en los distintos SCPs, a cualquiera de sus niveles. Veamos cómo.

publicación del CGPJ, “La nueva oficina judicial”, en Estudios de derecho judicial, núm. 105, 2007, en particular la ponencia de Raquel Blázquez Martín “El papel de los Secretarios Judiciales en las Unidades procesales de apoyo directo y las reformas procesales”.

⁸¹ Ha resultado muy útil y sugerente para la elaboración de este apartado la Ponencia de la magistrada Esther Erice Martínez, “Nueva Oficina Judicial y Mediación penal”, presentada en las Jornadas sobre Justicia restaurativa y Mediación celebradas en la Universidad Pública de Navarra el 3, 4 y 5 de noviembre de 2010.

La *fase de contacto* se desarrollará en todo caso en la UPAD del órgano judicial correspondiente. Tanto si estamos en el trámite de diligencias previas como si nos hallamos ante el órgano de enjuiciamiento, la actividad del Secretario judicial se desplegará con arreglo a las pautas que se detallan en el epígrafe 4 de este documento relativo al Protocolo de actuación⁸². Si tras ser informadas las partes por el Secretario judicial de la posibilidad de someter el procedimiento penal a mediación se evidencia su disposición inicial positiva, el SCP correspondiente (de Ordenación del procedimiento, en instrucción y enjuiciamiento o en otro caso, el de Ejecución) elaborará el expediente que habrá de remitirse al Equipo de Mediación (que se hallará adscrito a la Unidad Administrativa encargada de la asistencia psicosocial a las partes y demás intervinientes en el procedimiento penal, a disposición de Jueces y Magistrados a los que asistirá para los fines del procedimiento penal). Así mismo se remitirá por el SCP a las partes y, en su caso, a sus letrados, la resolución en que se hacen constar las razones que explican la decisión de derivar el asunto a mediación y la indicación de los profesionales integrantes del Equipo que se harán cargo del proceso. A continuación se remitirá el expediente al Equipo de Mediación, con indicación del plazo establecido para llevar a cabo la mediación.

Las *fases de acogida, encuentro dialogado y acuerdo* se llevarán a cabo por el Equipo de Mediación con víctima e infractor, personalmente, en los términos en que se ha venido insistiendo a lo largo de este documento: sin intervención alguna del órgano jurisdiccional o del ministerio fiscal, e informadas por los principios básicos de la mediación y particularmente por la confidencialidad.

Cualquiera que sea el resultado del proceso de mediación, haya o no acuerdo, desde el Equipo de Mediación se remitirá la documentación oportuna, informe o acuerdo, al SCP que corresponda, continuándose la tramitación de la causa de manera ordinaria con arreglo a los Protocolos que se establezcan.

Del *seguimiento del acuerdo* se ocupará la Sección de Ejecución Penal del SCP de Ejecución. La relevancia del efectivo cumplimiento de lo suscrito por las partes en el acuerdo de mediación ya ha sido puesta de relieve en numerosos momentos a lo largo de este documento. De sus carencias, de su impronta manifiestamente mejorable en todos los órganos judiciales en que se realiza mediación penal, incluso aquéllos en que su despliegue e implantación están institucionalizados, también se ha dado cumplida cuenta. La estructura de la NOJ, el establecimiento de un Servicio Común Procesal de Ejecución bajo la superior dirección de un Secretario Judicial y la presencia de una Sección responsable de la ejecución penal, que eventualmente podrá organizarse por medio de Equipos, en ambos casos conducidos por Secretarios Judiciales, asegurará probablemente un mejor tratamiento y un mayor control de la evolución de las ejecutorias; la elaboración de protocolos que guíen y unifiquen su tratamiento coadyuvará a dotar a este Servicio de los instrumentos necesarios para desempeñar este cometido de forma eficiente y rigurosa.

Finalmente, la previsión de establecer en el organigrama del SCP General una Sección encargada de la estadística judicial, junto con la elaboración de directrices y protocolos que disciplinen y fomenten la coordinación e interrelación entre las unidades y los servicios y las diversas secciones entre sí, así como el establecimiento de las

⁸² Lo mismo ocurrirá si en la UPAD del Juzgado de Instrucción se hubiera incoado juicio de faltas o dictado auto de transformación de las diligencias en faltas.

necesarias vías de comunicación y coordinación con el Servicio correspondiente del CGPJ, ha de propiciar la optimización de los índices de control y seguimiento de los acuerdos y, como ya hemos señalado en otras ocasiones, por ende, la mejora también de la percepción social de la mediación penal como instrumento seguro y eficaz de solución de los conflictos.

A pesar de la ausencia de regulación positiva de la mediación en el derecho penal de adultos, de su desigual y desnivelada implantación en el territorio nacional, de la inconcreción de las normas que regulan la nueva oficina judicial y de la bisonñez y provisionalidad de su implantación en el momento de redactar estas líneas⁸³, no creemos que exista inconveniente alguno para que la mediación penal se incorpore en su estructura y funcionamiento, en especial si a ello colaboran con convicción y resolución los Secretarios judiciales, llamados igualmente a determinar, de forma decisiva, como ya se ha dicho, el futuro y definitiva implantación de la nueva oficina judicial.

Especial atención a la figura del mediador.

De entre todas las figuras que intervienen en el proceso de mediación destaca, sin duda, la del mediador. No en balde de sus cualidades personales y profesionales y de la especial naturaleza de su oficio se hacen derivar las características que identifican la propia institución a la que sirve -la mediación-, las que la singularizan y diferencian de otras instituciones que incluso compartiendo notas semejantes no alcanzan su significación y relieve precisamente porque carecen de la intervención de este tercero, ajeno a las partes, al conflicto y al procedimiento, a través del cual quienes se hallan directamente involucrados en un conflicto logran establecer vías de diálogo, de escucha, de negociación y puede que de acuerdo.

Del mediador se suele resaltar –para conseguir dar con sus rasgos identificativos- su independencia, su neutralidad, su imparcialidad. Sin embargo, si hubiéramos de destacar una nota definitiva y definitoria que en buena medida sintetizaría las anteriores ésta sería la *ausencia de poder institucional*: el mediador interviene “en situación de igualdad con los mediados, posición de igualdad que es condición del diálogo”; sus facultades “devienen de la confianza” que en él depositan las partes implicadas en el conflicto; “su fuerza creadora procede de la falta de poder, debilidad que se convierte en garantía de la mediación, ya que a ella induce su posición activa, constructiva y lo convierte en garante ético” del establecimiento de una comunicación efectiva. De su capacidad para “inducir al diálogo y a la escucha”, de su “imaginación y habilidad” dependen la generación de un clima en el que las partes sean capaces de hallar un acuerdo conveniente para todos, de obtener una solución al conflicto en que no haya perdedores, en que todos se perciban ganadores⁸⁴.

Esta carencia, este vacío de poder que identifican al mediador, la flexibilidad metodológica de sus técnicas y procedimientos, lo versátil de sus capacidad y

⁸³ Las experiencias pioneras de la nueva oficina judicial se están desarrollando con arreglo a las previsiones definidas en la Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 1 de julio siguiente, que establece la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales incluidas en la primera fase de implantación: Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Murcia, Palma de Mallorca, Ceuta y Melilla.

⁸⁴ Sáez Valcárcel, R., citando a Michele Guillaume-Hofnung, “La Médiation”, en la ponencia “La mediación reparadora en el proceso penal” incluida en la publicación del CGPJ, op.cit. “Alternativas a la judicialización...”. Estudios de Derecho Judicial. 2007.

habilidades, no pueden servir de disculpa para no dotar a su actividad del necesario nivel de reglamentación y de certeza. Como ha quedado reflejado en el epígrafe 1, la ausencia de normativa que discipline la actividad del mediador provoca desconfianza entre quienes están llamados a ser los usuarios de un servicio pensado precisamente para incrementar la calidad de vida de la ciudadanía y entre quienes, operando en la administración de justicia, han de apreciar en el mediador un colaborador eficaz, un copartícipe hábil y capaz en la tarea de impartir justicia, en el marco de un servicio público de calidad. La regulación orgánica de sus funciones vendría a representar un reconocimiento *oficial* a la enorme complejidad de su labor y contribuiría a mejorar por lo tanto no sólo su prestigio externo sino también sus condiciones de trabajo⁸⁵. Por último, la identificación que referíamos al inicio de este apartado entre el mediador y la mediación se traduce en que la regulación del estatuto del mediador al ampliar el crédito y la reputación del mediador vendría a reforzar al tiempo el prestigio y la consideración de la propia institución.

Veremos a continuación cómo y en qué momento nos hallamos en España en lo que a la reglamentación estatutaria de la actividad mediadora se refiere y, verificado, las propuestas básicas que en torno a aquélla cabe formular.

1.El Estatuto del Mediador que no llega.

*“Estamos en tierra de nadie”*⁸⁶

Si, como venimos denunciando en este documento, la mediación penal está huérfana de regulación positiva, la columna vertebral de esta institución, el mediador, carece igualmente de una normativa que -a nivel estatal y con vocación de generalidad- discipline su actividad, determine sus facultades y responsabilidades, regule las causas que justifican su abstención y su recusación, establezca los requisitos personales y profesionales exigidos para el ejercicio de su labor, y especifique los principios éticos o los códigos deontológicos a los que ha de ajustar su comportamiento profesional.

1.1. Las once leyes autonómicas de mediación familiar extrajudicial que están vigentes en España⁸⁷, si bien homogéneas en su conjunto, regulan de forma dispar y con los limitados efectos territoriales y objetivos que impone la naturaleza de tal reglamentación, los requisitos que ha de reunir el mediador desde el punto de vista de su

⁸⁵ A título de ejemplo, y según se hace constar en el informe externo del Servicio de Mediación Penal del País Vasco realizado por la profesora Varona al que nos venimos refiriendo copiosamente en este documento, los mediadores que prestan allí sus servicios, “incluyendo los coordinadores, cobran menos que, por ejemplo, un agente judicial (...) en general, la remuneración actual no se corresponde con la formación, titulación, carga de trabajo y responsabilidad de los mediadores. Esta cuestión es común en el resto de Comunidades Autónomas si bien, en general, la remuneración es mayor en la Comunidad Autónoma del País Vasco”. Varona Martínez, G.: “Justicia Restaurativa a través de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008-Septiembre 2009)”. Pág. 199.

⁸⁶ Palabras textuales del mediador zaragozano Carlos Piñeyroa en su respuesta a las encuestas emitidas desde este grupo de investigación a los mediadores, referidas en el epígrafe 1 de este documento.

⁸⁷ En Galicia, la Ley 4/2001, de 31 de mayo; en Valencia, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre; en Canarias, la Ley 15/2003, de 8 de abril; en Castilla-La Mancha, la Ley 4/2005, de 24 de mayo; en Castilla-León, la Ley 1/2006, de 6 de abril; en Baleares, la Ley 18/2006, de 22 de noviembre; en Madrid, la Ley 1/2007, de 21 de febrero; en Asturias, la Ley 3/2007, de 23 de marzo; en el País Vasco, la Ley 1/2008, de 8 de febrero; en Andalucía, la Ley 1/2009, de 27 de febrero; en Cataluña, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, fue derogada recientemente por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

formación y capacitación para el ejercicio de su profesión. Aunque la mayoría de ellas se decanta por exigir titulaciones concretas, derecho, psicología, trabajo social, educación social o graduado social⁸⁸, en otras basta con estar en posesión de un título académico, universitario o del carácter que se establezca reglamentariamente, si bien en estos casos las relajadas exigencias en titulación se completan con la obligada acreditación de conocimientos formativos teórico-prácticos específicos en mediación o “en actuaciones psico-socio-familiares (sic)” (como en Galicia), o con formación universitaria específica en mediación (como en Valencia o Cataluña), incluso detallando el mínimo de horas lectivas preciso⁸⁹. No falta la legislación que –para suplir o completar el eventual déficit de conocimientos jurídicos- exige que el mediador cuente “en el ejercicio de sus funciones con el debido asesoramiento legal” (Canarias, Ley 15/2003, art. 5).

Así pues, para el legislador autonómico no cabe duda de que el mediador – también actuando en ámbitos extrajudiciales- ha de ser un especialista cualificado, dotado de una preparación técnica amplia y depurada.

Parece indispensable que –además- haya de tratarse de una *persona idónea*⁹⁰, de características subjetivas favorables a la obtención de los fines perseguidos por medio de su complejo oficio: originalidad, sentido del humor, espontaneidad, autocontrol, actitud conciliadora, imaginación ágil⁹¹.

En todo caso, resulta evidente que el éxito o el fracaso de cada proceso de mediación depende en buena medida de la intervención del mediador; por eso, mediador no puede ser cualquiera. Y así lo recuerda el Dictamen del C.E.S.E. a la propuesta de Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, la Directiva)⁹²: los estados miembros han de garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente. El modo de conseguirlo, según la propia Directiva, será mediante la debida formación -inicial y continua- de los mediadores de la que hace responsables directos a los estados (art. 4.2).

Sin embargo, al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles -entre cuyos objetivos se cuenta el de incorporar la Directiva citada al

⁸⁸ En Castilla-La Mancha, además, pedagogía y sociología. Castilla-León y Andalucía también añaden psicopedagogía.

⁸⁹ En 300 las cifra la Ley 1/2006, de Castilla-León (art. 8).

⁹⁰ Éste es, precisamente, el adjetivo que utiliza el art. 12 de la Ley 21/2007, reguladora de la mediación penal en Portugal.

⁹¹ Enumeradas por la mediadora Esther Pascual Rodríguez en la ponencia sobre Mediación Penitenciaria presentada en las Jornadas sobre Justicia restaurativa y Mediación celebradas en la Universidad Pública de Navarra el 3, 4 y 5 de noviembre de 2010, pág. 18.

⁹² La Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles entró en vigor en mayo de 2008 y los gobiernos de los estados miembros de la Unión europea (con la excepción de Dinamarca) deben transponerla a sus legislaciones antes del 21 de mayo de 2011. La Comisaria de Justicia de la Unión, Viviane Reding, pidió a los estados miembros “ambición y rapidez” al aplicar la normativa europea sobre mediación. Según informaba la prensa nacional el 14 de septiembre de 2010, hasta esa fecha sólo cuatro países (Estonia, Francia, Italia y Portugal) habían informado al Ejecutivo comunitario acerca de la incorporación efectiva de la normativa de la Unión Europea sobre mediación a su legislación nacional. En España, al redactarse este documento –noviembre de 2010- la trasposición está en fase de anteproyecto de ley. Se trata del Anteproyecto de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que fue suscrito y mandado elevar al Consejo de Ministros por el ministro de justicia el pasado 19 de febrero de 2010.

derecho positivo español, con la aspiración de articular “un marco mínimo para el ejercicio de la mediación”, según su Exposición de Motivos-, le basta con que quien pretenda ser y actuar como mediador posea un título de grado universitario (art. 14): no es preciso acreditar ni conocimientos jurídicos (indispensables, cabe suponer, para el cumplimiento de lo establecido en el art. 28, la comprobación, a cargo exclusivo del mediador, de la conformidad del acuerdo de mediación alcanzado por las partes con el ordenamiento jurídico, condición indispensable para que –tras su firma- el acuerdo adquiera “valor de título ejecutivo” y produzca “efectos de cosa juzgada entre las partes”), ni formación técnica en mediación (para tratar de conseguir por medio de sus conocimientos, habilidades y destrezas la complicada empresa de que dos o más personas que están en conflicto, lo resuelvan por sí mismas –art. 1-). Parece que la decisión de no requerir legalmente al mediador una formación más específica y más ceñida a sus concretas funciones y objetivos obedecería a la objeción planteada desde el Ministerio de Economía y Hacienda acerca de la eventual contradicción de tales exigencias con lo establecido en la llamada “Ley Omnibus”, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de libre acceso a las actividades y servicios, y en la Directiva de Servicios 2006/123 CE⁹³. De ser así, cabría concluir que los requisitos y exigencias contenidos en las hasta el momento diez leyes autonómicas sobre mediación familiar y en la de la Comunidad catalana, de derecho privado, todas ellas en vigor, estarían en contradicción con la mencionada normativa. Una inferencia excesiva y arriesgada que se pretende anticipar a un efecto no contrastado ni denunciado.

1.2. Respecto de la regulación de *las facultades y las obligaciones* del mediador en su tarea profesional, esto es, el núcleo duro de su normativa estatutaria, contempladas en todas las leyes autonómicas mencionadas (dictadas –no lo olvidemos- para regular una actividad mediadora que se despliega extrajudicialmente), el elenco, en mayor o menor medida, viene a ser muy semejante en su contenido así como en la concreción de las consecuencias a que da lugar su incumplimiento. Tampoco se aprecian excesivas diferencias en torno al régimen de sanciones, aunque no se puede afirmar lo mismo respecto del órgano encargado de dirimir las, que suele coincidir con el concreto departamento del que se hacen depender –en el organigrama gubernamental- los servicios de mediación, cuando no se atribuye directamente a los distintos Colegios Profesionales involucrados por cuenta de los colegiados que realizan tareas de mediación incluidas en el ámbito de la concreta Ley autonómica.

El Anteproyecto de ley estatal de mediación privada está muy lejos –también en este aspecto- de establecer un Estatuto del Mediador, siquiera un marco básico o de mínimos, a pesar de lo que se afirma en su Exposición de Motivos y se hace constar en la denominación dada a su Capítulo III. Los “derechos y obligaciones del mediador” que allí se regulan, representan no ya un resumen sino una simple muestra, en apariencia aleatoria, de los que detallada y sistemáticamente son contemplados en la normativa autonómica. No se mencionan causas de abstención ni de recusación salvo, en este último caso, la asistemática referencia a esta última en el art. 6.2., tampoco demasiado atinada terminológicamente. No se establece ningún régimen sancionador, excepto la mención –desconcertante por lo que tiene de incompleta⁹⁴- al eventual ejercicio de acciones civiles para la declaración de responsabilidad del mediador a consecuencia de los daños y perjuicios causados por mala fe, imprudencia grave o dolo. No se diseña –ni a nivel de mero boceto- código deontológico alguno, por más que en la

⁹³ Fuente: Plataforma para la colaboración en la legislación estatal de mediación.

⁹⁴ La responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva no se contemplan.

Exposición de Motivos se declare expresamente haber seguido en este punto el modelo de Código de conducta europeo para mediadores⁹⁵ y en la Directiva se enfatice tanto su elaboración como su observancia (Considerando (17) y art. 4⁹⁶). Sorprende, sin embargo, que en medio de tales y tantas omisiones, se contenga en el Capítulo III del Anteproyecto que estamos comentando un artículo destinado a regular el “Coste de la mediación”. Quizá se pretende introducir indirectamente en el catálogo de los derechos del mediador el del percibo de sus honorarios, como se lleva a cabo expresamente en algunas leyes de mediación familiar autonómicas⁹⁷, pero sin incorporar –como en éstas se hace- la previsión de declarar la gratuidad de la mediación siquiera sea en los casos en que concurren los requisitos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero.

1.3. La previsión contenida en el artículo 6 del Anteproyecto de Ley de crear un *Registro de mediadores y de instituciones de mediación* responde a una necesidad percibida como urgente por todos los que intervienen de algún modo en actividades de mediación, con un objetivo elemental y meridiano, “acreditar a los mediadores, publicitarlos como tales ante la ciudadanía y garantizar oficialmente su profesionalidad”⁹⁸.

Destaca en la regulación contenida en el Anteproyecto su carácter público y ámbito estatal, así como su gestión “integrada” por el Ministerio de justicia con las Comunidades Autónomas que ya los tengan creados o puedan en un futuro establecerlos. Aunque habrá de estar a su desarrollo reglamentario, parece no obstante que el texto del Anteproyecto se muestra nuevamente insuficiente al regular ciertos aspectos que parecen esenciales, y puntilloso en torno a otros más tangenciales o prescindibles. Ya nos hemos referido a la desconcertante previsión en la norma dedicada al Registro a las recusaciones o a las impugnaciones de acuerdos en mediaciones realizadas por las instituciones de mediación (art. 6.2, último inciso). Y sin embargo el Anteproyecto omite regular las bases a que hayan de sujetarse las relaciones entre el Registro estatal y los autonómicos, particularmente en lo relativo a la validez y eficacia de las inscripciones practicadas en uno u otro. Además, los requisitos exigidos para el ejercicio de la profesión de mediador y, por lo tanto, para la inscripción en el Registro no son los mismos en las diferentes normas autonómicas y difieren aún más en relación con los establecidos en el Anteproyecto para la inscripción en el Registro estatal. Si esa inscripción en el Registro estatal permitirá –como se afirma en el Anteproyecto- el ejercicio de la mediación en todo el territorio nacional (y para ello – recordemos- bastará estar en posesión de un título universitario de grado) será posible la práctica profesional en un mismo territorio por mediadores con dispar capacidad y desigual competencia desde el punto de vista de su formación profesional,

⁹⁵ En julio de 2004, la Comisión hizo público el Código Europeo de Conducta para los mediadores que establece los principios de carácter ético a los que han de ajustarse sus competencias, nombramiento, honorarios, destacando la independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus tareas, así como la exigencia de preservar la confidencialidad del proceso de mediación.

⁹⁶ El Considerando (17) establece, entre otros extremos, que “es importante que se informe a los mediadores de la existencia del Código de conducta europeo para los mediadores, al que debe poder acceder el público en general a través de Internet”. El art. 4, dedicado a la “Calidad de la mediación”, al que ya nos hemos referido más arriba, establece en su apdo. 1: “Los Estados miembros fomentarán... la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación”.

⁹⁷ Andalucía (art. 15); Valencia (art. 8); Madrid (art. 13) y Asturias (art. 21).

⁹⁸ Op. Cit. “La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador...” C. Sáez (Coord.). Thomson-Aranzadi. 2008. Pág. 336.

comprometiéndose así seriamente la igualdad de trato a los ciudadanos en función de su lugar de residencia, y a la postre la propia calidad general del servicio.

1.4. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley ya advierte de que la norma “se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado, por eso articula un marco mínimo para el ejercicio de la mediación sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”. La exigua regulación –según llevamos visto- del Estatuto del mediador en el Anteproyecto invita a concluir que los responsables del texto del Anteproyecto de Ley se han inclinado por entregar su reglamentación a las Comunidades Autónomas, quizá asumiendo que en una buena porción de materias que la integran se carecería de título competencial suficiente, y en evitación de eventuales conflictos con aquéllas.

Parece certero afirmar que el Anteproyecto ha optado por contemplar la mediación en el ámbito civil y mercantil desde planteamientos extrajudiciales en origen, desatendiendo las previsiones contenidas en la propia Directiva que se pretende trasponer al derecho interno⁹⁹. Pero incluso así, el hecho de que se establezcan las fórmulas que dotan al acuerdo de mediación de carácter ejecutivo y que se contemple la posibilidad de instar su anulación ante los órganos jurisdiccionales, enlaza la mediación que se traspone a la legislación procesal y la Administración de Justicia, y transforma así la actividad mediadora contemplada desde los márgenes del proceso judicial en una actividad que se introduce en él y por lo tanto deviene intraprocesal. Por si esto fuera poco, la relación del proceso de mediación con los procedimientos judiciales y la vinculación del Registro estatal de mediadores con los requisitos formativos que les legitiman para el ejercicio de la profesión, con efectos directos en el proceso judicial, no dejan margen para dudar de la presencia de título competencial suficiente al amparo de lo previsto en el art. 149.1, 5ª, 6ª y 8ª de la Constitución.

Las previsiones contenidas en la Directiva europea –que ha de estar traspuesta al derecho interno antes del 21 de mayo de 2011- exigen del Estado español como estado miembro de la Unión vinculado directamente por la normativa comunitaria que se apliquen a procedimientos de mediación *de carácter nacional*.

Así pues, a la necesidad se une la oportunidad. Resultaría incomprensible y gravemente perjudicial para el desarrollo de la mediación en nuestro país que se dejara atrás esta concreta coyuntura, favorable como pocas, para dotar a la figura eje de la mediación, el mediador, de un Estatuto que aún básico o mínimo discipline el ejercicio de la mediación con criterios y parámetros uniformes, y aplicables por igual en todo el territorio nacional.

2. El Estatuto del Mediador que se propone¹⁰⁰.

La regulación mínima y común –*el Estatuto Básico del Mediador*¹⁰¹- habría de reflejar lo singular de esta figura en contraste con otras profesiones y oficios que le son

⁹⁹ El Considerando (12) establece: “La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación...”. El art. 5.1 de la Directiva dispone: “El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto... podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”.

¹⁰⁰ Ver epígrafe 4.3.

tan cercanos que a menudo igual le sirven de apoyo como se confunden con ella, y al propio tiempo generalizar los rasgos y caracteres que le son propios de modo que resulten hábiles para pautar su actividad tanto si ésta se sitúa en el marco de un proceso judicial como si se despliega en un territorio contiguo o incluso diferenciado del estrictamente jurisdiccional.

El contenido mínimo y común que nos ha de ayudar a delimitar el perfil de mediador más apropiado para llevar a cabo sus funciones debería tener en cuenta, como punto de partida, la normativa internacional –comunitaria y extracomunitaria- como guía y fuente orientadora, y atender la interna –conformada en esencia hoy día por las legislaciones autonómicas- para la obtención del común denominador que las integre.

Su ordenación se habría de vertebrar en torno a *los requisitos* para ser mediador, diferenciando las facultades de los deberes, estableciendo causas tasadas de abstención y recusación, y previendo un régimen sancionador cuya aplicación correría a cargo de una instancia pública debidamente identificada, o al menos identificable; *la organización de la profesión* de mediador, a partir de su diferente caracterización según despliegue su actividad profesional intra o extraprocesalmente, pero en todo caso presidida por una marcada vocación de servicio a los ciudadanos; y la creación e institucionalización de Servicios de Mediación Públicos llamados a atender las demandas procedentes de los órganos jurisdiccionales de los diversos órdenes; *el control de la actividad de mediación* desde el establecimiento de un catálogo de buenas prácticas cuya observancia habría de ser evaluada periódicamente, en especial si la actividad se presta desde o por cuenta de servicios de mediación públicos; la configuración de la *formación continua del mediador* como un deber profesional que se corresponde con el correlativo derecho de los ciudadanos a la debida calidad de sus servicios; y la creación de un *Registro estatal de mediadores*, concebido como un “instrumento público al servicio de los usuarios de la mediación”¹⁰² donde se inscriban y acrediten quienes, reuniendo los requisitos legalmente previstos, pretendan actuar profesionalmente como mediadores cualquiera que sea el ámbito objetivo o territorial en que desarrollen su actividad.

5. 2.- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

5.2.1.- La tutela judicial efectiva como derecho fundamental.

Nuestra Constitución reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1) y formula los principios del sistema de administración de justicia cuya estructuración corresponde al poder político.

El derecho a la tutela judicial efectiva surge como consecuencia de la prohibición de la tutela privada y aparece vinculado en el precepto constitucional que lo reconoce (art. 24.1) a la interdicción de la indefensión. La tutela efectiva debe obtenerse dentro de un proceso en el que se respeten todas las garantías. Así se constituye la

¹⁰¹ Así se le denomina en la publicación citada “La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria...”, C. Sáez (Coord.), Thompson Aranzadi, 2008, pág.332.

¹⁰² Op.cit., “La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria... pág.335.

función jurisdiccional como una de las potestades del estado, caracterizando la tutela efectiva como un derecho prestacional que demanda de los poderes públicos el establecimiento y mantenimiento de los necesarios servicios para dotar de eficacia al derecho fundamental. Sin amparo de derechos, libertades e intereses legítimos el estado cedería el monopolio de la fuerza y permitiría de manera genérica la composición privada, incluso en el ámbito del conflicto que denominamos penal.

La tutela judicial efectiva tiene un contenido genérico y complejo que se proyecta a lo largo del proceso en todo su desarrollo. Afecta, pues, al derecho de acceder a los tribunales en demanda de tutela de los derechos e intereses legítimos, a que la pretensión formulada reciba una respuesta del órgano judicial fundada en derecho, razonada y motivada y al derecho de acceso a los recursos establecidos. Una vez obtenida la respuesta jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza que la misma sea respetada, tanto por el órgano judicial que la dictó como por los demás. También forma parte del contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva el derecho a la ejecución. El derecho a la ejecución impone al órgano judicial atenerse a lo previsto en el fallo adoptando las medidas necesarias para proveer a la ejecución del mismo.

El segundo apartado del artículo 24 de la Constitución refleja las garantías procesales que incluye el juez ordinario predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público sin dilaciones indebidas, utilización de los medios de prueba pertinentes y la presunción de inocencia. En tanto en cuanto la mediación respete estos principios entrará dentro de lo que conocemos por tutela judicial efectiva.

5.2.2.- La mediación como forma de obtener el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si hemos indicado que uno de los requisitos para la prestación de la tutela judicial efectiva es el de la organización de una estructura y un aparato judicial, la mediación que aquí defendemos, y que se está practicando en muchos órganos jurisdiccionales de España, no es un método alternativo de resolución de conflictos (institución denominada bajo el acrónimo ADR) sino un mecanismo que se inserta en el sistema de la Administración de Justicia y se configura como un instrumento auxiliar y complementario de la misma al servicio de la eficacia del proceso. Esto se ve especialmente en campos como el penal o el familiar, de especial interés público. No se trata, pues, de que la mediación sustituya a los Tribunales de Justicia en la resolución del conflicto ni de desplazar la tutela efectiva, un derecho fundamental, sino de utilizar una metodología distinta para la resolución de los mismos, metodología que no se encuentra reñida con el control de legalidad del Juez.

Una de las objeciones que se alzan frente a la implantación de la mediación atribuye a esta institución el carácter alternativo y el formar parte de un proyecto de privatización de la función jurisdiccional, en consecuencia una especie de privatización de la exclusividad del estado en la resolución de los problemas criminalizados y de la pretensión punitiva.

Para contestar a dichas críticas, desde la reivindicación que nos corresponde, es preciso recordar, en primer lugar, que una cosa es el fenómeno de la desjudicialización

de ciertos sectores del derecho privado con mecanismos de arbitraje y conciliación, que se insertan en el contexto de la crisis del estado social y de la justicia –una recurrente crisis de eficacia- que afectaría esencialmente a sectores del intercambio y la contratación mercantil, y otra bien distinta la mediación entre agresores y víctimas en el espacio del conflicto criminal. También, cabe distinguir los programas de mediación institucional en el espacio del estado –esencialmente en el ámbito penal y familiar-, que abordan conflictos individuales, casos concretos y únicos, de la mediación privada, que persigue fines más ambiciosos y acometidos a largo plazo, como alimentar la conciencia comunitaria de las personas y vecinos, mejorar la calidad de la vida en los barrios o restituir el sentido de responsabilidad. Es cierto que la mediación emergió en Estados Unidos desde lugares alternativos a la justicia oficial, en el movimiento posterior a los años sesenta que pretendía desinstitucionalizar la justicia, la psiquiatría y el sistema penal y penitenciario. Pero la trayectoria de la mediación en Europa, más tardía, es muy diferente y responde a otras inquietudes y requerimientos.

La mediación reparadora es una forma de intervención en el tratamiento del delito y del daño causado por la acción, diferente pero complementaria. La mediación operaría en el contexto de un proceso abierto –podría imaginarse, si hubiera principio de oportunidad, la posibilidad de evitar el proceso en la fase de investigación- como un medio de alcanzar fines obvios del proceso penal, declarados por el ordenamiento jurídico, que no logra satisfacer. Así, en lo que a la víctima se refiere, se podrían identificar tres objetivos: la reparación o resarcimiento del daño -una suerte de restitución según las categorías del derecho de daños-, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica, y la resolución de los problemas asociados a la victimización secundaria derivados de su reiterada llamada como testigo –siempre en clave burocrática y desentendiéndose del sufrimiento que soporta la misma evocación de la agresión-, haciendo valer en su caso, a semejanza del imputado, una especie de regla de tratamiento, un estatuto que reconozca su condición de sujeto, con su dignidad personal que las instituciones no solo deben respetar sino restaurar, y no de mero objeto o instrumento subordinado al desenvolvimiento de la pretensión punitiva del estado. Desde la perspectiva del infractor, imputado o condenado, la mediación puede incentivar o reforzar lógicas de contenido rehabilitador, propiciando la responsabilización del autor por el hecho y la consecuencia perjudicial que su conducta produjo en la víctima, así como evitando el ingreso en prisión o la aplicación de penas o medidas alternativas a la cárcel.

Lo que quiere decir que la mediación se inserta en el proceso debido con todas las garantías, bajo el control del juez en las diversas fases que conforman su secuencia, en un espacio público reglado, sin introducir elementos de privatización. Es el juez, con la colaboración del fiscal y de la defensa, el que decide qué casos deriva a mediación, el que solicita de las partes su colaboración e informa de sus derechos, quien supervisa la calidad y probidad de los mediadores, protege los derechos e intereses de la víctima y del encartado, y, por fin, decide, con respeto al método de la contradicción, cómo se incorpora el acuerdo de reparación al juicio y qué relevancia habrá de tener en la solución del caso. Al contrario de lo que algunos afirman, se trata de dotar de contenidos reparadores y restauradores a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos de la víctima, también del infractor, un mecanismo al servicio de la justicia como potestad y función del estado, para permitir el protagonismo de los intervinientes en el conflicto y la expresión de su voluntad, de sus necesidades y de sus

requerimientos. El objetivo es trabajar en la misma clave de la reforma del proceso, para su mejor logro del derecho de acceso a la justicia.

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

El sistema clásico de justicia basa la solución del conflicto en la decisión de un tercero. Las partes depositan en este la responsabilidad de resolver y eso supone que ellas no participan de forma directa en la resolución por lo que la solución no supone un acercamiento entre las partes si no una nueva fuente de resentimientos y de perpetuación del conflicto al seguir el esquema de vencedores y vencidos. La mediación, por el contrario, se basa en una cultura de dialogo y mecanismos de autocomposición, situando la génesis de la solución en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a estas y solucione definitivamente el conflicto al ganar todos y no uno solo. Esto es especialmente interesante cuando las partes implicadas deben mantener una relación posterior viable y permanente. Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado con el conflicto y por eso hablamos de la mediación como Justicia Restaurativa.

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

La diversidad de prácticas e instrumentos de intervención de los que se denominan los métodos alternativos de resolución de conflictos exige una precisión de conceptos, algo que hemos intentado en un capítulo anterior. Pero conviene –también aquí– matizar las diversas formas y categorías de la mediación. Por mediación venimos entendiendo un proceso de comunicación ética que descansa sobre la responsabilidad y la autonomía de los participantes, en el que un tercero, imparcial, independiente, sin poder de decisión o consultivo –es decir en un plano horizontal, frente al prototipo vertical de la actuación del tercero institucional en los poderes públicos–, acreditado por la autoridad que le reconocen las partes, favorece mediante entrevistas confidenciales la creación o reconstrucción de vínculos sociales, la prevención o arreglo de un conflicto. La mediación reparadora, que aquí nos interesa, es un tipo de mediación que surge para resolver un conflicto, mediación entre diferentes o mediación subsiguiente al conflicto. Enfrente se encuentra la otra gran forma de mediación, sin conflicto previo, mediación de las diferencias, orientada precisamente a la prevención de posibles conflictos, que

persigue crear vínculos sociales inexistentes o restaurar los que se han quebrado, por lo tanto construye o reconfigura el tejido social. De ahí la denominación de mediación preventiva frente a la mediación reparadora. En el espacio de la mediación reparadora es donde opera la distinción entre una mediación privada –respecto a aquellos conflictos no regulados necesariamente por la ley o que pueden ser cedidos a estrategias consensuales entre las partes concernidas- y otra institucional, que puede ser judicial o extrajudicial .

5.2.3.- La mediación intrajudicial.

La mediación intrajudicial, esto es, la mediación que opera dentro del procedimiento penal, se da cuando el conflicto está ya ventilándose en el sistema de justicia, ya ha sido judicializado. En esta clase de mediación el objetivo –frente a algunas concepciones de la mediación que no compartimos- no es la disminución de la litigiosidad, sino obtener una resolución jurisdiccional de mayor calidad que satisfaga en lo posible a todos los intervinientes, que repare de manera integral a la víctima y que evite la cristalización del conflicto para el futuro. Se trata de dar una respuesta judicial que tutele efectivamente las pretensiones de las partes, por lo que no nos encontramos ante una fórmula de renuncia a la tutela judicial, como hemos dicho, sino ante otra forma de proveer el amparo de los derechos e intereses caracterizada por un mayor protagonismo e intervención de las personas implicadas y, por ello, de una mayor calidad.

Precisamente por tratarse de otra forma de obtener y satisfacer la tutela judicial, novedosa y casi desconocida, los ciudadanos, en un primer acercamiento, desconfían y rechazan esta metodología. Además, si los abogados desconocen el sistema y sospechan del mismo contemplándolo como un enemigo de su propia actividad profesional, transmitirán a los ciudadanos esa sensación. A veces, el rechazo se fundamenta en que la mediación significa suspender el procedimiento lo que provoca el temor de retrasarlo, sobre todo si previamente se han intentado fórmulas de consenso que no han fructificado. Es importante destacar que la mediación no supone (y así lo acreditan las experiencias que se están llevando a cabo) un retraso significativo en el desarrollo del procedimiento y que la solución que el proceso ofrece es menos complicada de ejecutar porque ha sido construida con la participación de los propios implicados, mediante el método consensual, de tal manera que las partes son conscientes de la oportunidad y adecuación de la respuesta obtenida a sus propias necesidades e intereses. Los intervinientes han asumido previamente la solución, que así proponen al fiscal y al órgano jurisdiccional.

Se trata, en definitiva, de establecer mecanismos que permitan el funcionamiento de la mediación reparadora como espacio autónomo y revertir así sus efectos y beneficios al proceso judicial, de forma compatible con las garantías fundamentales.

En el derecho procesal penal español la mayor dificultad viene dada por su carácter oficialista, que dificulta de forma importante el traslado de los acuerdos restaurativos obtenidos en el proceso de mediación al procedimiento penal reglado.

Como se ha puesto de relieve en otros capítulos, son ya muchas las experiencias de mediación penal llevadas a cabo en todo el Estado. Muchos trabajadores sociales, psicólogos, abogados, secretarios, jueces y fiscales se han implicado en esta materia

conformándose así en torno a la mediación, por medio de su práctica y pese a la ausencia de regulación positiva un conjunto de actuaciones que –aunque todavía no suficientemente sistematizadas ni homogeneizadas- han permitido dar entrada “de facto” a la mediación en nuestro sistema de justicia penal.

Por otra parte, distintos encuentros y reuniones a nivel estatal de juristas comprometidos con la mediación penal han hecho posible el debate y confrontación de ideas, propuestas, iniciativas, culminando en la elaboración de conclusiones que, sin duda, orientarán también la actuación futura y el necesario desarrollo legislativo de la materia. De ello es buen ejemplo las conclusiones elaboradas a partir de la celebración del Seminario organizado por el CGPJ bajo el título “Justicia reparadora: mediación penal y su introducción en el ordenamiento penal español” en septiembre de 2007. En él se contempló la mediación como un sistema complementario de la vía judicial, y por ello compatible con aquélla, cuya práctica por Jueces y Tribunales se encuentra amparado por lo dispuesto en los artículos 117.3 y 117.4 de la Constitución. A su vez, el concepto constitucional de *tutela judicial efectiva* se entendió sustentado en la idea de protección de los derechos, tanto de la víctima como del imputado; por tal motivo la mediación es la mejor forma de prestar la más completa tutela judicial efectiva, ya que se procede a la más plena reparación del daño causado a la víctima (no sólo el daño económico, sino también el daño moral) y, al mismo tiempo, constituye la forma más eficaz de procurar la rehabilitación y resocialización del infractor.

Sólo desde el error o la ignorancia acerca del auténtico sentido de la mediación en el orden jurisdiccional penal, cabe sostener ciertas posturas que consideran que esta institución puede atentar contra la tutela judicial efectiva o que este derecho fundamental se constituye en una barrera infranqueable para la implantación de la mediación en nuestro sistema de justicia penal¹⁰³.

Como hemos señalado, y seguiremos insistiendo a lo largo de este documento, la mediación en tanto que metodología puede ciertamente realizarse fuera de los Tribunales –mediación extrajudicial- o bien entrar a formar parte del procedimiento judicial en cualquiera de sus fases procesales –mediación intrajudicial-, forma ésta idónea y típica en los casos en que se ventilan derechos e intereses que van más allá de lo privado y que requieren por lo tanto un control institucional que solo los órganos jurisdiccionales pueden brindar.

La mediación intrajudicial no es por lo tanto una alternativa al proceso sino una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implica el que se trabaje para que, incluso dentro de un procedimiento judicial de carácter contencioso, las partes tengan la oportunidad de llegar por sí mismos a una solución consensuada. Hay que advertir, no obstante, que el objetivo primordial de la mediación no es tanto llegar a un acuerdo cuanto ofrecer un instrumento por el que las partes puedan resolver sus diferencias y desavenencias para reducir el conflicto. Alcanzar un acuerdo es el objetivo ideal al que los intervinientes en el proceso han de dirigirse, pero la decisión de no llegar a un acuerdo es igualmente válida.

¹⁰³ Véase, por ejemplo, Martín Diz, F.; “La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia”, Consejo General del Poder Judicial 2010, que ubica a la mediación fuera de la Administración de Justicia y del proceso jurisdiccional, que ha sido galardonado, no obstante, con el Premio Martínez Emperador.

A nivel internacional la experiencia nos indica que la metodología de la mediación mejora la calidad de la respuesta judicial lo que por sí solo sería causa suficiente para su implantación. La experiencia práctica en mediación penal desarrollada en España nos permite llegar a la misma conclusión y afirmar además que a través de la mediación en el proceso penal adquieren plenitud los derechos reconocidos en el art. 24 y 25 CE al darse una respuesta judicial en derecho y al facilitarse la reeducación y la reinserción social del autor del mismo por su participación responsable en la resolución del conflicto y una respuesta adecuada al sufrimiento causado a la víctima.

De todo lo anterior cabe concluir que el mundo de la mediación es muy amplio y admite numerosas variantes. Existe campo para la mediación extrajudicial, como existe para la intrajudicial. La mediación, en tanto que metodología orientada a la autocomposición de los conflictos, puede -en efecto- constituir un método autónomo e independiente del sistema judicial, extraprocesal y prejudicial. Pero cuando se concibe como sistema de justicia solo puede ser intrajudicial. En tal caso, no se trata de formular una alternativa al procedimiento penal ni de violentar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino de utilizar y aprovechar un instrumento auxiliar en la labor de los jueces de prestar al ciudadano una tutela judicial efectiva y, por tanto, complementario del mecanismo clásico de prestación de dicha tutela. La mediación no sustituye a los Tribunales de Justicia en la resolución de los conflictos, sino que utiliza una metodología distinta para su resolución, metodología que se conjuga con el control de la legalidad que realiza el Juez, y que por lo tanto es completamente compatible con la defensa del interés público tutelado por el ordenamiento jurídico (fundamentalmente, asuntos penales, de familia y, como novedad en Europa, los contencioso-administrativos).

5.2.4.- La mediación en el sistema de justicia penal.

En el campo penal la mediación reparadora como mecanismo de solución de conflictos no reside en su alternatividad o independencia del proceso, sino en su razonable integración en el mismo para conseguir los fines reparatorios y restaurativos que el proceso penal debe perseguir.

Es cierto que el fin primordial del proceso penal consiste en alcanzar una decisión acerca de la punibilidad del imputado respecto a una conducta concreta que se le atribuye, decisión que ha de ser adoptarse con observancia del método adecuado (el contradictorio) de comprobación de la verdad, en el contexto de un procedimiento respetuoso con las garantías debidas. Pero este no es un fin único o exclusivo. En el estado social de derecho, como señala Roxin, se proclaman otras funciones complementarias: restablecer la paz social, potenciar la resocialización de los infractores y proteger de manera satisfactoria a las víctimas del delito. Este último cometido requiere de la reparación, que se configura así como un programa de humanización del proceso penal.

Nosotros pensamos que todos los recursos e instancias del proceso penal deberían ponerse al servicio de la satisfacción de la víctima. Para ello resulta imprescindible reconocer que el delito produce no sólo un daño material, evaluable en dinero y resarcible bajo la fórmula de la restitución, sino también, muchas veces más importante, un daño psicológico o emocional, el miedo, la angustia, la intranquilidad por la irrupción en nuestras de un acontecimiento perturbador del equilibrio psicológico.

Podemos interrogarnos -la mediación nos emplaza a ello- acerca del significado verdadero de la atención a las víctimas. Desde luego toda prioridad en tal sentido comienza por colocar al perjudicado en una situación de indemnidad, es decir, protegerle frente a cualquier posibilidad de sufrir otra agresión o ataque similar, ante el eventual riesgo de reiteración. Después, ayudarle a recuperar su equilibrio material y emocional; escucharle; permitirle expresar su dolor e inquietudes (no en balde la palabra y el diálogo respetuosos son un calmante y una práctica curativa). Prestar esa atenta escucha es un medio imprescindible para que reconecte con la dignidad como valor de referencia en la recuperación de un estado situacional aceptable, próximo al perdido por el impacto de la violencia. Por fin, tras proveer a satisfacer esas necesidades básicas y prioritarias, atender a todo lo relacionado con los otros fines y funciones del proceso, y con la prueba.

Esa línea de argumentación fue asumida por la 26ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, que tuvo lugar en Helsinki en abril de 2005, dedicada a “la función social del sistema de justicia penal”, cuyo documento final enfatizaba aspectos, se decía, hasta entonces descuidados como la prevención del delito, el papel de la víctima y la reparación del daño. El informe indicaba que el concepto de justicia reparadora podía articularse sobre la mediación entre autor y víctima, sobre el apoyo a la víctima, la prevención de la reincidencia y la reintegración de los delincuentes. En contraste con los objetivos tradicionales del sistema de justicia penal, una preocupación central de la justicia reparadora es la de tratar mejor las necesidades de la víctima. Estas necesidades en parte son materiales y pueden quedar satisfechas a través de la restitución, pero también tienen un amplio componente emocional, como la recuperación de la dignidad, y social, como el restablecimiento o la mejora de la sensación de seguridad. Además, en la Conferencia se hizo mención a las necesidades del autor del delito, al que habría de darse la oportunidad de asumir la responsabilidad de sus actos y de cambiar su conducta.

Discurso que, como hemos señalado en otro epígrafe¹⁰⁴, no es aislado en el contexto europeo. Así, el Consejo de Europa ha tratado el tema en varias decisiones de su Comité de Ministros, bien conocidas. La Recomendación (83)7, de 23 de junio de 1983 recomienda facilitar la indemnización a la víctima previendo tal obligación como medida de sustitución de las penas privativas de libertad. La Recomendación (85)11, de 28 de junio de 1985, relativa a la posición de la víctima, aconseja examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación, así como revisar la legislación para tener en cuenta la reparación del daño sufrido y todo esfuerzo hecho seriamente por el autor en esa dirección. La Recomendación (87)18, de 21 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la justicia penal, insta a recurrir a acuerdos de compensación entre autor y víctima para evitar la acción penal, siempre que el autor cumpla las condiciones acordadas. La Recomendación (99)19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal invita a los Estados miembros a recurrir a la mediación para la solución del conflicto mediante la implicación de las partes, como complemento o, incluso, alternativa al proceso penal. También, subraya la necesidad de posibilitar una participación personal activa en el proceso de la víctima y del delincuente, reconoce el interés legítimo de las víctimas para expresarse, para comunicarse con el delincuente y obtener disculpas y una reparación, enfatiza la importancia de reforzar el sentido de la responsabilidad en los delincuentes y ofrecerles ocasiones concretas de enmendarse, lo que facilitaría su reinserción y rehabilitación,

¹⁰⁴ Ver epígrafe 5.1 A)

reconoce que la mediación permite tomar conciencia de la importancia del individuo y la comunidad en el origen y en el tratamiento de los delitos y la solución de los conflictos a ellos asociados, así como para lograr que la justicia penal alcance resultados más constructivos y menos represivos. La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, en su art. 10 propone a los Estados miembros impulsar la mediación en las causas penales para aquellas infracciones que, a su juicio, se presten a ello y que velen porque tenga eficacia todo acuerdo entre la víctima y el inculpaado (el plazo de aplicación vencía el 22 de marzo de 2006; el Gobierno entiende que ha cumplido con sus compromisos mediante la regulación de la mediación en la justicia juvenil y de menores). La decisión fija pautas precisas que el proceso debe asumir para atender a las víctimas. Entre ellas, el derecho a un trato adecuado desde la primera intervención policial, el derecho a la información, la necesidad de que se trate de asegurar su reparación desde el momento inicial o asegurar su protección ante el riesgo de reiteración del ataque.

Si la víctima ha de ser tratada con la dignidad que le corresponde como persona, el proceso no puede seguir de espaldas a su voluntad expresada o acallada -porque no se le escucha ni se le demanda-, a sus decisiones y opiniones.

En definitiva, se trata de establecer mecanismos que permitan el funcionamiento de la mediación reparadora como espacio autónomo y así intentar revertir sus efectos y beneficios al proceso judicial, de forma compatible con las garantías fundamentales.

En el derecho procesal español la mayor dificultad procede de su carácter oficialista que dificulta de forma importante el traslado de los acuerdos restaurativos obtenidos en el proceso de mediación al procedimiento penal reglado.

Como se ha puesto de relieve en otros epígrafes de este documento, son ya muchas las experiencias de mediación penal llevadas a cabo en todo el Estado. Muchos trabajadores sociales, psicólogos, abogados, secretarios, jueces y fiscales se han implicado en esta materia conformándose así en torno a la mediación penal -por medio de la práctica y pese a la ausencia de regulación- un conjunto sistematizado aunque no del todo homogeneizado de actuaciones que han permitido dar entrada *de facto* a la mediación en nuestro sistema de justicia penal en el derecho penal de adultos. Distintos encuentros a nivel nacional de juristas involucrados en la mediación penal, han ido elaborando conclusiones que, sin duda, orientarán la actuación futura y el necesario desarrollo legislativo de la materia¹⁰⁵.

Por todo lo dicho son erróneas y desconocen el verdadero sentido de la mediación ciertas posturas que consideran que esta institución puede atentar contra la tutela judicial efectiva o que este derecho fundamental se constituye como una barrera infranqueable a la aplicación de la mediación en determinados casos.

¹⁰⁵ Entre las más relevantes cabe reseñar las derivadas del Seminario organizado por el CGPJ bajo el título "Justicia reparadora: mediación penal y su introducción en el ordenamiento penal español" en septiembre de 2007. En dicho Seminario se consideró que la mediación es un sistema complementario de la vía judicial, y por ello compatible con el mismo; que el uso de la mediación por Jueces y Tribunales se encuentra amparado por lo dispuesto en los artículos 117.3 y 117.4 de la Constitución. Para los participantes en el Seminario el concepto constitucional de "tutela judicial efectiva" se sustenta en la idea de protección de los derechos, tanto de la víctima como del imputado, y por ese motivo la mediación es la mejor forma de prestar la más completa tutela judicial efectiva, ya que se procede a la más plena reparación del daño causado a la víctima (no sólo el daño económico, sino también el daño moral) y, al mismo tiempo, constituye la forma más adecuada de rehabilitación del delincuente.

Como llevamos señalando, la mediación como metodología puede desarrollarse fuera de los Tribunales –mediación extrajudicial-, o introducirse en el proceso de decisión judicial –mediación intrajudicial-, forma esta idónea y típica en los casos en que se ventilan intereses que van más allá de lo privado, que requieren un control institucional que solo los Tribunales de Justicia pueden aportar.

La mediación intrajudicial no es tanto una alternativa al proceso cuanto una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implica el que se trabaje para que, aún dentro de un procedimiento judicial contencioso, se dé la oportunidad a las partes de llegar a una solución consensuada por ellos. El objetivo primordial de la mediación no es llegar a un acuerdo sino ofrecer un instrumento por el que las partes puedan resolver sus diferencias y desavenencias para reducir el conflicto. Alcanzar un acuerdo es lógicamente positivo pero la decisión de no llegar a un acuerdo es igualmente válida. A nivel internacional la experiencia nos indica que la metodología de la mediación mejora la calidad de la respuesta judicial, lo que por si solo sería causa suficiente para su implantación.

La experiencia práctica en mediación penal desarrollada en España permite llegar a la misma conclusión y afirmar que a través de la mediación en el proceso penal adquieren plenitud los derechos reconocidos en el art. 24 y 25 CE al darse una respuesta judicial en derecho y al facilitarse la reeducación y la reinserción social del autor del mismo por su participación responsable en la resolución del conflicto y la reflexión sobre el sufrimiento causado a la víctima.

De lo anterior puede deducirse que el mundo de la mediación es un mundo muy amplio con numerosas variantes. Existe campo para la mediación extrajudicial, como existe para la intrajudicial. La mediación, en tanto que metodología orientada a la autocomposición de los conflictos, puede constituir un recurso alternativo, autónomo e independiente del sistema judicial, extraprocésal y prejudicial como sostiene cierto sector doctrinal que hemos citado. Pero cuando se concibe en ámbitos de derecho público como un instrumento de intervención en el sistema de justicia penal para coadyuvar al cumplimiento de sus fines, sólo puede ser intrajudicial. No puede considerarse una alternativa a la tutela judicial sino un instrumento complementario del mecanismo clásico de prestación de dicha tutela. La mediación no sustituye a los Tribunales de Justicia en la resolución de los conflictos, utiliza una metodología distinta para la resolución de los mismos, metodología que no se encuentra reñida con el control de la legalidad por el Juez, por lo tanto es compatible con la protección y defensa del interés público por lo que cabe su aplicación en asuntos teñidos de interés público como viene ocurriendo con los penales, los de derecho de familia y, hasta -como novedad en Europa-, con los contencioso-administrativos.

| |
|---|
| <p>5.3. Mediación penal y sistema de garantías. Presunción de inocencia, libertad de autoincriminación, contradicción y prueba, derecho de defensa.</p> |
|---|

Parece obligado que si la mediación reparadora viene a insertarse en el proceso penal como un instrumento al servicio de fines declarados, de manera paradigmática la

reparación integral de la víctima y su tratamiento institucional con la dignidad que merece, tal mecanismo no ponga en cuestión ni comprometa el sistema de garantías establecido para amparar los derechos de quien resulta perseguido criminalmente, lo que se denomina el derecho al proceso debido o a un juicio justo.

Veámoslo con detalle.

5.3.1.- Derecho al juez predeterminado.

La mediación es respetuosa con el principio del juez ordinario predeterminado por la ley porque es el juez que conoce del caso quien, en el ámbito del proceso iniciado y en cualquiera de sus fases, decide, de oficio o a iniciativa del Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes, los asuntos que se derivan a mediación y, en su caso, la suspensión de la tramitación del procedimiento, y resuelve en sentencia después de haber revisado la legalidad del acuerdo que alcanzaron las partes con el auxilio del mediador, por el mecanismo y los trámites procesales ordinarios.

5.3.2.- El principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

La presunción de inocencia o de no culpabilidad tiene una vertiente como regla probatoria o de juicio -lo que Ferrajoli ha denominado garantía de verdad, es decir cómo adquirir el convencimiento suficiente para afirmar la hipótesis acusatoria- y una vertiente de regla de tratamiento en el proceso del imputado, que se convierte en garantía de libertad¹⁰⁶. Desde esta dimensión se plantea el problema de las condiciones que debe reunir el imputado para ser invitado a intervenir en el proceso de mediación respetando la regla de tratamiento, algo que surge en el momento de seleccionar los casos que pueden derivarse hacia esa vía alternativa. Cuando se insta la mediación antes del juicio y de la sentencia -la Recomendación (99)19, de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en materia penal, dice que la mediación ha de estar accesible en todas las fases del proceso, por lo tanto, también en la fase de ejecución de la condena, momento en el que la invitación a la reparación no plantea este tipo de problemas- no hay sentencia, no existe todavía un conocimiento que permita desvirtuar la presunción de no culpabilidad, el encartado debe ser tratado como un ciudadano inocente.

Aunque no debe dramatizarse tampoco el significado de esa solicitud o proposición dirigida al imputado para que dialogue con quien afirma ser víctima de su conducta y, en su caso, atienda a la reparación del daño -porque se trata de una proposición moralmente decente-, parece prudente plantear la mediación en los supuestos en los que el imputado ha admitido los hechos, cuando ha confesado en un primer momento. Junto a ese caso paradigmático no debe olvidarse el de quienes no han contestado a la imputación o han negado de manera no seria los cargos, éstos serían supuestos de imputados no convencidos de su inocencia a los que se refería Esser¹⁰⁷. Podría indagarse si existen, además, indicios racionales de criminalidad, si -en su caso una vez abierto el juicio oral- se ha verificado el juicio sobre la solvencia de la acusación.

¹⁰⁶ Ferrajoli, L, "Derecho y razón. Teoría del galantismo penal", Trotta 1995, p. 549.

¹⁰⁷ "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en la obra colectiva dirigida por J. Maier "De los delitos y de las víctimas", Ad-hoc 2001, p. 36.

Para abordar en su correcta medida tal peligro, o mejor, reparo u objeción, que hemos identificado ha de observarse –algo que conocen quienes han experimentado con la mediación- que el mecanismo en sí mismo es muy inestable y vulnerable a cualquier interferencia, que lo desequilibrará irreversiblemente. Porque se sustenta sobre el consenso y la voluntad de los intervinientes, la mínima reticencia puede poner fin a la mediación. De hecho, la consulta que se hace al abogado en un primer momento es otro medio de garantía. Bastaría que el abogado recurriera la resolución que suspende el proceso y deriva el caso a la mediación para que ésta fracasara de manera inmediata. O que aconsejara a su defendido que abandonare o que se negara a convalidar el acuerdo en el proceso.

En cualquier caso, como los perfiles no son precisos ni las pautas de decisión claras, la duda aconsejará abstenerse de la puesta en marcha del procedimiento, siempre tras la consulta al imputado y a su abogado. De otra manera, se podría vulnerar su derecho a ser tratado como inocente y a no colaborar a su condena, que pretenden garantizar los institutos de la no autoincriminación y del derecho al silencio. Porque aunque la participación en la mediación no debe ser utilizada como una admisión, siquiera indirecta, de la autoría del hecho o de la culpabilidad, así lo dice la Recomendación del Consejo de Europa citada, ha de tenerse en cuenta que podría condicionar o prejuzgar, incluso de manera inconsciente, la futura decisión del caso.

Hay que anotar que en orden a la salvaguarda de los derechos fundamentales del acusado, el mediador se convierte en un instrumento añadido de tutela –bajo la supervisión del juez y del fiscal- de la presunción de inocencia, ya que podrá concluir el trámite si detectare que el imputado no había cometido el hecho o que le amparaban buenas razones para enfrentar con éxito la pretensión acusatoria. Dada su autonomía, podrá rechazar un caso desde el principio, cuando se le deriva por el juez, o suspender la mediación si detecta situaciones de desigualdad, o de vulneración de derechos o intereses de alguna de las partes, o que puedan afectar a la dignidad de cualquiera de ellos o ante la emergencia de tensión o conflicto que haga imposible la comunicación. A ello le obligan su profesionalidad y su compromiso moral con el diálogo y la dignidad personal. Su autonomía, tanto del proceso y de sus fines como de los actores públicos o autoridades que en él actúan, es una garantía para los derechos de las partes, acumulada al control judicial y del fiscal. Precisamente por ello se propugna que el agente mediador forme equipo, multidisciplinar, con intervención de un jurista o con formación en la materia. De esa manera el derecho y, sobre todo, los derechos humanos no quedarán “detrás de la puerta” del espacio de la mediación¹⁰⁸.

5.3.3.- Derecho a ser informado de la acusación.

Esta garantía del proceso intenta establecer un equilibrio entre la acusación y el acusado –que solo se logra de manera ideal abierto el juicio oral, dada la configuración irreductiblemente inquisitiva de la instrucción-, posibilitando que el perseguido conozca los hechos que se le atribuyen y pueda defenderse, no resulta alterada por la intervención de la mediación. Porque la mediación en nada cambia la necesidad de que se le instruya y provea de tal información, ni de que le sea comunicado el escrito de

¹⁰⁸ Objeción que ha formulado M. Taruffo en “Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos, en su obra Páginas sobre la justicia civil”, Marcial Pons 2009, p.117, de quien recogemos la idea de que la tutela jurisdiccional efectiva debe ser la apuesta frente a las alternativas privatizadoras.

conclusiones provisionales que formaliza el acta de acusación. Es más, desde el momento que la mediación supone un mecanismo de comunicación y diálogo más intenso que la mera transmisión rutinaria de derechos y del objeto de la imputación o de la notificación de un escrito realizado por otro, el encartado siempre logrará un conocimiento más amplio de lo que se le está reprochando.

Una de las pautas ofrecidas para garantizar la participación espontánea y responsable del denunciado y del ofendido es que el Juez, en su caso el Fiscal, y el mediador deberán informarles de manera clara y exhaustiva de sus derechos y facultades, de las características y objetivos de la mediación reparadora, así como de la capacidad de poner fin al proceso de mediación en cualquier momento¹⁰⁹.

5.3.4.- Derecho de defensa y de asistencia letrada.

Una de las garantías del proceso debido es la asistencia técnica para la mejor defensa de los intereses del imputado, un derecho instrumental que se encuentra al servicio de los principios de igualdad de partes y de contradicción efectiva y a cuya tutela están obligados los órganos de la jurisdicción en el proceso por delito, que no deberían conformarse con un cumplimiento formal y habrían de exigir una defensa letrada de calidad.

La mediación se construye idealmente como un proceso de comunicación ética que intenta que los protagonistas del conflicto a través del diálogo se puedan reconocer en el otro, ponerse en el lugar del contrario, acortar la distancia social y cultural, diálogo que sustenta cualquier proyecto de relación o de vinculación moral. Es por ello que su función es establecer -o restablecer, en su caso- la comunicación entre las personas. En la mediación se produce un reconocimiento mutuo entre las partes, que descansa sobre una ética de la deliberación y de la comunicación. La mediación se presenta como una relación triangular en su estructura. Sin el tercero la mediación no es tal. Aquí se invita a los interesados a participar y a buscar, por la palabra y la escucha atenta, una solución satisfactoria. Las explicaciones, las disculpas, la reparación material, las prestaciones personales y el resto de compromisos que el imputado pueda asumir en la mediación y en el acuerdo son fruto de su voluntad, no se le imponen. Es importante la nota de ausencia de poder institucional, porque el mediador es una figura que interviene en situación de igualdad con los mediados, posición de igualdad que es condición del diálogo. Sus facultades devienen de la confianza que en él depositan el autor y la víctima. Su fuerza creadora procede de la falta de poder, debilidad que se convierte en una garantía de la mediación, ya que ello induce al mediador a una posición activa, constructiva, y le convierte en el garante ético de que se establezca una comunicación efectiva¹¹⁰.

En la mesa de diálogo, que se levanta sobre un plano horizontal, el abogado tiene un difícil encaje. Su lenguaje y sus formas no resultan compatibles para los encuentros entre agresor y víctima. Pero, tal inadecuación radica, sobre todo, en la circunstancia de que el letrado está acostumbrado a subrogarse en el lugar del interesado, a sustituirlo y desplazarle en la toma de decisión, en virtud de la relación de

¹⁰⁹ Una de las conclusiones del seminario organizado por el CGPJ y la Fiscalía General del Estado en octubre de 2006, publicado en “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, Estudios de derecho judicial 2007, p. 645.

¹¹⁰ « La médiation », Michèle Guillaume-Hofnung, citada, p.56.

confianza y de su propia especialización en el litigio. El abogado es un profesional que gestiona conflictos ajenos, muchas veces sin preguntar ni atender a las necesidades y requerimientos de sus asesorados. Está acostumbrado a representar a otro. Muchas veces el abogado, de buena fe, concluye una negociación asumiendo por completo la decisión. Ese es el problema. Como dice Nils Christie, el jurista profesional es un expropiador de conflictos que no le pertenecen, decide por sí mismo, contesta a su defendido que sus argumentos, los que éste piensa que son las mejores bazas para afrontar el caso, son intrascendentes y, sobre todo, le sugiere, cuando no le ordena, que calle y guarde silencio ante el Tribunal¹¹¹.

La presencia del abogado en el diálogo de mediación pone en cuestión la comunicación, por ser quien adquiriría –debido a las inercias señaladas relativas a las prácticas de su oficio- el protagonismo principal y derivaría el discurso hacia cuestiones estrictamente jurídicas.

Entendemos, no obstante, que el abogado del imputado, también el asesor de la víctima –ya de confianza, ya designado de oficio- tiene su papel en el proceso de la mediación reparadora. Un papel trascendente, pero periférico al escenario del diálogo. Aconsejará a sus clientes o defendidos antes de aceptar la invitación para intervenir en la mediación, al concluir las sesiones del encuentro entre las partes y al final, antes de aceptar y suscribir el acuerdo. Incluso, en función de sus mutuas relaciones, le autorizará a pactar. Es decir podrá intervenir en todo momento, pero a esa distancia, imprescindible para salvaguardar el proceso de las inercias que impone su oficio.

5.3.5.- Presunción de inocencia como regla de verdad, prueba y método contradictorio.

Otra de las dimensiones a las que debemos atender es la relacionada con la adquisición del conocimiento necesario para afirmar la hipótesis acusatoria, también relacionada con el principio de inocencia en tanto regla de juicio, que exige que sólo pueda adquirirse conocimiento válido para la condena mediante actos de prueba producidos en el juicio. Entran en juego garantías relacionadas con el derecho del imputado a guardar silencio y no autoincriminarse, con el método del contradictorio como técnica de comprobación de la realidad histórica y de práctica y producción de la prueba.

El proceso es una actividad cognoscitiva. La verdad solo puede construirse respetando el método de la contradicción, una técnica extraña a la mediación que, es preciso resaltarlo, no es un medio de conocimiento ni tiene relación alguna con la prueba. En el diálogo que se desarrolla en el encuentro mediador el imputado puede hacer manifestaciones sinceras y espontáneas, si se ha creado un espacio de acercamiento y entendimiento con la otra parte, que no deben perjudicarlo en el proceso, donde está protegido por la libertad de declaración y la ausencia de deber de colaboración a su propia condena. Por ello resulta imprescindible adoptar cautelas en orden al respeto de esas garantías.

En primer lugar hay que recordar que la mediación está cubierta por la confidencialidad, uno de sus principios reguladores. Todo el contenido de los encuentros entre las partes es reservado, de tal manera que el mediador debe estar

¹¹¹ “Los conflictos como pertenencia”, citada, p. 163.

obligado por el secreto profesional, de ahí deriva precisamente la necesidad y urgencia de regular su estatuto jurídico y amparar dicho deber. Para posibilitar la no subordinación del proceso de mediación –que obedece a lógicas diferentes a las que gobiernan el juicio penal-, proteger la sinceridad del diálogo y las garantías de proceso debido, en concreto la igualdad de partes así como las derivadas del derecho de defensa, todo el contenido de las entrevistas y del diálogo debe ser confidencial, sin que puedan aprovecharse para la prueba, ni trasladar su rendimiento al juicio, las afirmaciones y posiciones del imputado y del perjudicado. Los hechos expuestos, las informaciones obtenidas sobre el suceso y la personalidad de los autores y otros partícipes es objeto de una reserva absoluta, según el art. 2 de la Recomendación (99)19, de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en materia penal, antes citada. Con ese carácter privado se pretende preservar el espacio de la mediación como un lugar de encuentro y de diálogo, sin interferencias, y permitir un libre intercambio entre las partes¹¹².

Hay que señalar, por otro lado, la diferencia sustancial entre los hechos que se negocian en el reencuentro de los protagonistas del suceso -cualquier acuerdo tiene necesariamente que sustentarse en el reconocimiento de un acto concreto y de un daño- y el hecho judicial, una especie de enunciado fáctico propuesto en la hipótesis acusatoria que se construye en diálogo circular entre la realidad, reconstruida por los medios probatorios, y el tipo penal. Los métodos son bien diferentes, de suerte que sería difícil imaginar fórmulas para que los contenidos de la mediación puedan revertir en el rendimiento de la prueba, al margen de influencias psicológicas a las que, posiblemente, otorgamos más influencia de la que tienen. No obstante, el acta de acuerdos que redacta el mediador puede sortear cualquier intento de aprovechamiento probatorio evitando una descripción del suceso, expresando una realidad –el suceso principal generador del proceso y del propio encuentro- en términos genéricos.

Precisamente desde que se empezó a experimentar con programas piloto de mediación en derecho penal de adultos esta es una de las cuestiones que más han sido objeto de atención y debate. Sin embargo, entendemos que es muy revelador que los resultados de las encuestas que este grupo de trabajo ha realizado a jueces, fiscales y mediadores, desvelen que entre la mayoría de quienes trabajan cotidianamente con la mediación penal en Juzgados y Tribunales no se perciban inconvenientes ni obstáculos derivados de su práctica que afecten negativamente a esta garantía. Quizá hayamos sobredimensionado la cuestión.

A nuestro entender la presunción de inocencia no tiene por qué sufrir ni verse afectada negativamente por la mediación. Si la mediación ha sido exitosa y ha llegado hasta el final con una sentencia, no planteará más problemas. Solo cuando el acuerdo de mediación se frustre, aunque no se hubieran reconocido directamente los hechos, podría considerarse inevitable una influencia indirecta en el juzgador. Pero también en el oficio del juez hay recursos para enfrentar esa indeseable contaminación; es común la vivencia de la no valoración del rendimiento de pruebas que no fueron expulsadas en su momento del proceso, por lo tanto que se han producido en las sesiones del plenario y que el tribunal ha presenciado. No obstante, podríamos sugerir diversas líneas alternativas para afrontar el supuesto prejuicio.

¹¹² Otra de las conclusiones del curso citado dice: “Por ello, no se podrá aprovechar para la prueba, ni siquiera de modo indirecto, la información que proceda de dichos encuentros, tampoco el reconocimiento genérico sobre los hechos que pueda recoger el acta de acuerdos entre los interesados”, obra citada, p. 645.

Así, se podría pensar en una fórmula de redacción del acta de acuerdos que no reflejase de modo directo un reconocimiento de los hechos o una admisión de comisión de la conducta principal; solo dejaría constancia de la intención de resarcir a la víctima. Aunque hay que reconocer que la reparación nace del daño, el daño tendrá una causa humana necesaria y, por lo tanto, una acción consciente. También cabría anotar lo mal que cohonestaba un pretendido proceso de comunicación espontánea y sincera, de aproximación y entendimiento, con la ocultación o silencio sobre la causa motriz de la relación y de la reparación, material o simbólica.

También cabría que al Juez solamente se le informe de que se ha llegado a un acuerdo de reparación sin que conozca su contenido detallado hasta el momento mismo de la traslación de la mediación en el juicio oral. El control de la admisión legal de la conformidad en este primer periodo debería hacerlo el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las facultades de control y supervisión que al juez otorga el artículo 787.2 y 3 Lecrim.

Otra pauta podría ser la señalada en las conclusiones del seminario citado: en la actividad probatoria no podrá utilizarse como dato indiciario la participación voluntaria del imputado en la mediación.

Igualmente, se podría proponer que los incidentes jurídicos que surjan a lo largo del proceso de mediación y que puedan afectar a la presunción de inocencia sean resueltos o asesorados por el Fiscal que, como parte procesal que es, no puede contaminarse. Este es el sistema más habitual en el derecho comparado ya que la mediación se realiza en sede de la investigación del delito por el Ministerio Público.

En el caso de que no haya acuerdo se comunicará al juez que este no ha existido sin indicar que parte lo ha impedido, ni el motivo por el que ha sucedido. Salvo que el acusado deseara traer al proceso su reconocimiento de los hechos para obtener una mejor postura procesal usando su sometimiento a mediación y su ofrecimiento o hechos claros de resarcir. No obstante, parece razonable y justo que el esfuerzo del imputado por intervenir, escuchar, explicar, ofrecer disculpas y buscar una reparación, en caso de fracaso de la mediación, sean puestos de manifiesto por el mediador al juez o al fiscal, como una actividad relevante en el ámbito de la prevención especial que debería tenerse en cuenta para seleccionar o dimensionar la sanción.

5.3.6.- Derecho a la prueba.

Si bien en el proceso mediador no existe actividad probatoria alguna digna de tal nombre, fuera de este espacio se pueden utilizar los medios de prueba pertinentes y si se renuncia a ellos, por ejemplo al darse por satisfecha la parte con el acta de reparación, no se produce desconocimiento alguno del derecho sino ejercicio del mismo según los criterios de oportunidad que su titular considere. La renuncia a la prueba propuesta y admitida constituye una práctica procesal admitida y asentada en el foro, y particularmente relevante –como sabemos– en los juicios de conformidad¹¹³.

¹¹³ Como se ha indicado en anteriores capítulos, no debemos confundir conformidad y mediación. En lo que aquí interesa, baste decir que la mediación es un proceso y la conformidad un acto único, por lo que los efectos y beneficios no son los mismos. Su única relación es que, en el momento actual, la forma procesal habitual –pero no preceptiva– de entrada del resultado de la mediación en el procedimiento penal suele ser a través de la institución de la conformidad.

5.3.7.- Proceso en un plazo razonable.

La mediación no es incompatible con un proceso público en plazo razonable, es decir sin dilaciones indebidas. El tiempo que se emplea en su desarrollo (uno o dos meses) no es un lapso que pueda considerarse excesivo a estos efectos –en atención a los plazos medios-, máxime cuando, de ser exitosa, evitará los recursos y facilitará la ejecución de la sentencia, lo cual redundará en una aceleración final de la resolución del conflicto. La existencia de la mediación no impide la total publicidad del proceso para las partes participantes y solo limita el acceso del público en general al espacio donde se desarrolle el diálogo triangular, pero no a la celebración del juicio oral.

En conclusión y en el horizonte siempre problemático del respeto al sistema de garantías establecido para la protección de los derechos fundamentales asociados al proceso penal, no hay inconvenientes insalvables para aplicar la mediación como mecanismo para proveer una mejor respuesta judicial a la perturbación del orden jurídico e intentar solucionar de modo consensuado el conflicto criminal.

5.4.- La víctima y la mediación penal.

5.4.1.- La emergencia de las víctimas.

Considerado como un fenómeno de nuestra época las víctimas han ocupado el espacio público, se han hecho presentes, reivindican sus derechos, reclaman atención y no están dispuestas a marcharse. La irrupción de las víctimas ha tenido consecuencias en la configuración del debate público y en los discursos de la política, y, como no podía ser de otra manera, en la criminología, el proceso penal y la política criminal. Algunos cambios que ha propiciado esa presencia son de gran calado.

Es difícil reconstruir el mecanismo que ha hecho posible ese cambio de paradigma. Venimos de un tiempo en el que las víctimas eran invisibles, se veían obligadas a sufrir en el espacio de la familia y de las relaciones personales, en el lugar de lo privado, incluso a callar. Reyes Mate ha enseñado, releyendo a Walter Benjamin, que la historia y el progreso avanzaban inexorablemente sobre el dolor humano. La conciencia de la historia nunca es la conciencia de las víctimas, dice Sofsky constatando que el pasado ha sido un espacio de legitimación del poder. Sin embargo, ahora el sufrimiento de las víctimas se expone en público, hasta llegar a inundar o saturar de sentido la escena en algunos casos –por ejemplo, los asesinatos terroristas-. Ese dolor adquiere un protagonismo y una significación diferente, significación ética y política. Los discursos ya no se pueden elaborar sin atender a las víctimas, la justicia no puede seguir construyéndose, ni siquiera en negativo, sin percibir la injusticia que soporta la persona de la víctima, sin acompañarla y abordar su sufrimiento¹¹⁴.

Hay múltiples descripciones del origen del fenómeno. Las más convincentes atienden, de un lado, a la evolución de la política y el fracaso de los movimientos que

¹¹⁴Reyes Mate ha estudiado la cuestión en “Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación”, Anthropos 2008. Wolfgang Sofsky aborda el problema desde la perspectiva de la violencia y del dolor, para afirmar que las víctimas son sistemáticamente borradas de la memoria colectiva, “Tratado sobre la violencia”, Abada editores 2006, p. 62.

buscaban la emancipación del ciudadano/súbdito y de los pueblos oprimidos, un relato en el que las personas que sufrían podían esperar su redención a través del cambio social. No en balde, las dos últimas décadas del siglo veinte fueron escenario de la llamada revolución conservadora, primero en el mundo anglo-norteamericano, luego en Europa, que supuso el triunfo de las políticas neoliberales y el principio del desmontaje del llamado estado del bienestar, que proveía de seguridad (social) en el trabajo, ante la enfermedad y la vejez, en el acceso a la educación y la vivienda. Proceso que culminó con la implosión del bloque llamado comunista, y la desaparición de alternativa al único sistema social posible, el del mercado. Pudiera pensarse que la estrategia victimista permite acceder a privilegios, antes servicios que el estado proveía, que la nueva situación ha desplazado a la responsabilidad del individuo. También porque se va imponiendo de manera implacable la idea de que no hay responsabilidades colectivas, es el triunfo del individuo construido en la modernidad que está desencadenando que todos deban procurarse sus propias necesidades sin esperar de lo público o de las instituciones, según la leyenda de que cada uno es autor (exclusivo) de su desgracia.

Otra narración a la que podemos seguir, es aquella que pone de manifiesto la existencia de varias formas de violencia, una privada y subjetiva –que se percibe y se experimenta como tal al identificarse con facilidad la acción y su resultado-, otra simbólica que sustenta el lenguaje y, por fin, la violencia sistémica, la violencia pública, la que desencadena el sistema social y económico, que en contraposición a la primera puede llamarse violencia objetiva. Pues bien, solo resulta visible, solo se nos desvela, la violencia subjetiva, la que tiene lugar en la vida de relación que propone una víctima fácilmente identificable¹¹⁵. Las otras formas de violencia –fruto de la explotación que produce el funcionamiento del sistema- son ocultadas y encubiertas, incluso cuando se encuentran en el origen de catástrofes humanas impresionantes, como las muertes en la frontera para acceder al paraíso de las sociedades del Norte, ya Estados Unidos de América, ya Europa, las consecuencias de la lucha contra las drogas –sobredosis, enfermedades, corrupción, crimen organizado-, o las muertes producidas por el hambre, la miseria o por la imposibilidad de acceder a medicamentos para tratar enfermedades como el sida u otras epidemias que asolan las sociedades africanas. La violencia anónima carece de rostro. Los medios de comunicación exhiben la violencia subjetiva, aquella que tiene un autor y una víctima reconocible, silenciando –en una lógica encubridora que caracteriza su función legitimadora- los daños provocados por la violencia del sistema, cuyas víctimas son negadas o construidas bajo otras características. De esa manera solo nos presentan a víctimas y victimarios en relación binaria producida por la violencia interpersonal. Parece razonable pensar que de esa manera se sobredimensiona un tipo de víctimas del delito, que se hace presente de manera cotidiana y constante en la actualidad y se caracteriza como prototipo de la víctima inocente, tal y como demuestran las políticas de lucha contra la violencia de género o la violencia terrorista, mientras que se niegan otros procesos violentos que obedecen al funcionamiento del mercado y del sistema económico, incluso no se perfilan como víctimas a los perdedores; ejemplo paradigmático de ello son los muertos y heridos en accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad. Estamos ante críticas hoy minoritarias, que ponen en cuestión las categorías al uso como construcciones sociales que reproduce la estructura de poder y dominación.

¹¹⁵ El filósofo Slavoj Žižek sistematiza la violencia y atribuye la invisibilidad de la sistémica al pensamiento liberal y a la ideología del capitalismo en su “Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales”, Paidós 2009.

Hay quienes sitúan el protagonismo de las víctimas en el contexto de una sociedad victimista, en la que el ciudadano ha dimitido de su condición según la lógica consumista, renunciando a intervenir en la toma de las decisiones colectivas y a controlar el poder, mientras que la política ha desaparecido en manos de la gestión. En tal horizonte el individuo demanda y aguarda la tutela del estado sin querer asumir deberes u obligaciones, para ello entrega a profesionales especializados la gestión de sus problemas y conflictos –médicos, abogados, jueces o psicólogos- y pretende eludir toda forma de responsabilidad, mediante las estrategias de la infantilización y la victimización. Patologías características de la cultura del narcisismo que ha moldeado sujetos conformistas que ignoran el sentido de la deuda y que no comprenden las raíces sociales del sufrimiento que les aqueja¹¹⁶.

Parte de esos estímulos que han colaborado a erigir el tiempo de las víctimas procede de saberes especializados en la conducta humana. Así, en el ámbito de la psiquiatría se construyó a partir del año 1980 la categoría diagnóstica del trastorno por estrés postraumático para describir, y así clasificar como enfermedad del espíritu, el estado de ánimo y los síntomas de angustia provocados en la víctima por la privación causada por una agresión; una categoría que procede de la psiquiatría norteamericana y que se identificó en los veteranos combatientes de la guerra de agresión de Vietnam, que así eran presentados bajo la cobertura de la inocencia clínica, pues al medicalizar el problema se atendía exclusivamente a los síntomas subjetivos despreciando las causas y los contextos¹¹⁷.

La criminología tradicionalmente estudió el delito como un hecho relacional en el que intervenían, o interactuaban, la conducta del infractor y la de la víctima, de ahí que se preocupara por analizar el papel de la víctima y su contribución al delito, incluso su culpabilidad respecto a su propia victimización. Mendelsohn llegó a establecer una tipología de víctimas en graduación de su aportación: inocente, imprudente o ignorante, voluntaria, víctima provocadora y víctima infractor o imaginaria¹¹⁸. Ese discurso de la victimología convencional se hizo inasumible por la presión del movimiento feminista que denunció, con buenas razones, la injusticia de la culpabilización de la víctima mujer –recuérdense en España aquellas resoluciones judiciales que avergonzaron a la sociedad en transformación de la década de los años ochenta que llegaron a presentar a la violada como una mujer en “disposición de ser usada sexualmente”. No obstante, ello propició un discurso diferente en el que la indagación acerca de la conducta de la víctima, siempre construida como inocente, quedó excluida. La nueva victimología que se practica a partir de los años ochenta ubica en el centro de su interés científico las necesidades, requerimientos y derechos de las víctimas, sin confrontar su posición y estatuto –como luego se puso de modo en los espacios de la política criminal- con los derechos de los infractores. Las razones de tal evolución programática se deben a la influencia del feminismo y a la conciencia que supieron alimentar sobre la victimización

¹¹⁶La descripción se debe a Pascal Bruckner “La tentación de la inocencia”, Anagrama 1996; respecto a la lógica del individualismo y las transformaciones culturales que ha desencadenado la desconfianza hacia lo público ver “La cultura del narcisismo”, de Christopher Lasch, Andrés Bello, 1999.

¹¹⁷Así lo señalan C. Eliacheff y D. Soulez Larivière en “Tiempo de las víctimas”, Akal 2009, p. 34, en su análisis del fenómeno que denominan estrategia victimaria como signo de nuestras sociedades, una estrategia que ha tenido, según reconocen, un distinto impacto en el orden internacional donde han posibilitado la expansión del discurso de los derechos humanos y en el orden interno de las naciones estados, donde aprovechando la debilidad y crisis de las instituciones públicas habrían procedido al asalto de los tribunales mediante asociaciones intermedias.

¹¹⁸García-Pablos de Molina, “Tratado de criminología”, p.122.

privilegiada de la mujer, a la prioridad de las políticas de ley y orden –la revolución conservadora que vino a poner fin al estado social- y a la mayor rentabilidad política de esas estrategias¹¹⁹.

Es adecuado anotar que la criminología debe a Nils Christie y a Louk Hulsman, pensadores de la corriente abolicionista, el reconocimiento de la exclusión de las víctimas del proceso penal, de su neutralización radical. Christie presentó en su famosa tesis “*Conflicts as property*”, bajo la propuesta de que los conflictos (penales) pertenecen a quienes los viven, permiten a las personas aprender y madurar por lo que no puede tolerarse que sean gestionados de manera exclusiva y excluyente por terceros, agentes del estado y profesionales del derecho. Su análisis, que tiene treinta años, sigue en vigor y en él podemos detectar el lenguaje y las razones que movilizan al modelo de reparación por el diálogo. “El elemento clave del proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado. Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario y reducida a ser mero desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedor por partida doble, primero, frente al delincuente y, segundo –y a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importante de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”. En un pasaje de su obra más importante, *Los límites del dolor*, retomaba el criminólogo noruego esa imagen afortunada para describir el sistema penal, con una capacidad de evocación brillante: la víctima es un perdedor por partida doble, frente al agresor y frente al Estado, porque resulta excluida de cualquier participación en su propio conflicto, por ello concluía “el Estado le roba su conflicto”¹²⁰.

Las tensiones se hicieron notar en la política criminal y en el proceso penal, algo que ya hemos puesto de manifiesto en otro lugar de este trabajo. Hasta el punto que el interés por las víctimas y -de su mano en los programas de política criminal- por la seguridad ciudadana se ha situado en el centro del discurso político y mediático. Las estrategias de control que se han venido imponiendo en el nuevo modelo requieren que se proteja a la sociedad y a las víctimas del delito y de los criminales. Para ello los expertos del sistema penal, criminólogos y penalistas, los profesionales que operan en sus diversos aparatos y que sustentaron el paradigma de la rehabilitación, ya en declive, fueron desplazados de sus áreas de influencia y reemplazados por otros agentes en la conformación de la opinión pública. Así, los actores de la esfera pública mediática se irrogan la representación de las víctimas del delito, los partidos políticos combaten al adversario en el sagrado nombre de las víctimas y los medios de masas exponen la

¹¹⁹ “Victimología”, en el libro colectivo citado “De los delitos y de las víctimas” dirigido por J. Maier, Ad-hoc 1992, p 285.

¹²⁰ El texto de Christie, que se ha convertido en un clásico, puede leerse –como ya se ha mencionado en el pie de página 108- en “Los conflictos como pertenencia”, incluido en la obra colectiva citada “De los delitos y de las víctimas”, p. 157. Su otra obra mencionada es “Los límites del dolor”, FCE 1984, p.126. En los mismos términos se pronunciaba Hulsman: “El sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él. Desde que un problema cae dentro del aparato de la justicia, deja de pertenecer a los que han sido sus protagonistas, los cuáles llevarán desde ahora y para siempre las categorías de delincuente y víctima”, “Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa”, Ariel, 1984.

victimización como fuente de legitimación de las narraciones que hegemonizan el espacio. Asociaciones intermedias que representan a diversas víctimas de la violencia figuran entre los protagonistas del debate. El hilo argumental de sus reclamaciones es el dolor y la exhibición del sufrimiento de las víctimas, que viene siempre a demandar la aplicación de grandes dosis de dolor del lado de los delincuentes, de los detenidos y de los acusados. A diario se puede constatar en los grandes medios, de cualquier formato y soporte, ese nuevo discurso que Zaffaroni ha calificado de patibulario.

Se ofrece de esta manera una imagen politizada, en clave de confrontación electoral, de las víctimas, se explota su dolor, se manipulan sus experiencias, personales e individuales, al servicio de mensajes políticos, incluso se reforman leyes al fragor de un hecho luctuoso, un crimen horrible, o simplemente invocando su recuerdo. Y se manifiestan de forma abierta deseos de venganza, no sólo por parte de los familiares de quienes fueron objeto de la violencia, sobre todo por los actores públicos, políticos, dirigentes de asociaciones civiles y periodistas. La ira y el rencor, bajas pasiones, emociones proscritas hasta ayer del debate público -tan contrarias a nuestra tradición y cultura, en las que han figurado como valores centrales, herencia del cristianismo, la piedad y el perdón-, dominan la escena, en contradicción con el proceso de civilización del sistema penal que modificó las percepciones morales sobre el castigo, haciéndolo invisible, poniéndolo en manos de funcionarios especializados y detrás de los muros de la prisión, para acabar con algo que se empezó a vivir como un hecho bárbaro, el carnaval del suplicio y las reacciones obscenas de las masas que observaban aquellas horripilantes ceremonias que eran las ejecuciones públicas. “La víctima del delito es ahora, en cierto sentido –escribe el criminólogo Garland que ha estudiado el cambio de paradigma en el sistema penal-, un personaje representativo cuya experiencia se supone común y colectiva, en lugar de individual y atípica. El sufrimiento de la víctima (frecuentemente una mujer) se representa con el lenguaje inmediato y personalizado de los medios masivos de comunicación y se dirige directamente a los miedos y la ira de los espectadores, produciendo efectos de identificación y reforzamiento que luego son usados política y comercialmente”¹²¹. La víctima se construye así de manera abstracta y se convierte en el argumento favorito de la fábrica de miedos. Parece que las víctimas hayan vuelto para vengarse, como anota al margen Garland. Y, sin embargo, los estudios de criminología y las encuestas de victimización han desacreditado la figura de la víctima punitivista, algo que quienes han intervenido en procesos de mediación penal han podido constatar con rigor. Nils Christie sostiene como intuición que la demanda de penas severas puede obedecer más que a sentimientos de venganza a la desprotección del sistema hacia las necesidades de las víctimas de exteriorizar su sufrimiento¹²².

Por lo tanto, las causas que pueden ayudarnos a entender el (nuevo) protagonismo de las víctimas son diversas y contradictorias. En una perspectiva bien diferente a las estrategias de ley y orden descritas que se corresponden con el fenómeno del populismo punitivo -que son esencialmente estrategias locales que proponen los gobiernos nacionales ante la incapacidad de gestionar otros problemas de carácter global, como las migraciones o la crisis del sistema financiero- se encuentra el discurso de la ética restaurativa o reconstructiva cuyos valores situamos en el sustento de la mediación reparadora. De cualquier manera, las víctimas están aquí, en la escena pública, han consolidado su presencia a través de la creación de asociaciones intermedias que representan sus intereses y agitan a su favor, así las víctimas del

¹²¹ “La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, Gedisa 2005, p. 242.

¹²² “La industria del control del delito”, Editores del Puerto 1993, p. 157.

terrorismo, las víctimas de la violencia machista o las víctimas de los accidentes de tráfico. Como dice Reyes Mate, las víctimas han llegado para quedarse. Además, tenemos que comprender que la mirada de la víctima, su narración, es imprescindible para construir la verdad, porque sabe y ha visto algo que está oculto para el observador normal; el modelo que se elige sería el del superviviente de los campos de concentración. Su sufrimiento se ha hecho visible, la injusticia que le ha sido infligida ya no puede volver a privatizarse¹²³. La justicia restaurativa, y la concepción moral que la acompaña, pone el acento en las personas, en los seres humanos, en su dignidad y en la necesidad de repararlos en lugar de en las reglas o los principios abstractos. Frente a la justicia retributiva cuya centralidad es el castigo y la pena de prisión, la moral reconstructiva propone la escucha, el acompañamiento y la protección de la víctima.

Precisamente por ello, en el terreno del milagro que resulta accesible como experiencia al ser humano cuando trata de explorar y descubrir la humanidad compartida con el prójimo, cuando la víctima se enfrenta personalmente al conflicto pasado, al ser llamada y comparecer en el proceso penal, se presenta un ser humano que ostenta un nombre, tiene un rostro y necesidades propias, la mayoría de las veces —es algo que aprenden quienes intervienen en procesos de mediación— está alejada de las proclamas y de las reivindicaciones del populismo punitivo y de la venganza. Algo que constataba el criminólogo Louk Hulsman para convencer (eran otros tiempos) de que era preciso buscar alternativas al castigo. “Lo que quieren estas víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz. Es también hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía...La gente en dificultades y que sufre un pesar tienen necesidad, antes que nada, de alguien que la escuche”¹²⁴. Esa víctima, sin embargo, sigue siendo un marginado del proceso. No se ha procurado un espacio para que tenga algún protagonismo. Se le considera desde el primer momento, en el mejor de los casos, como un medio de conocimiento, el testigo, un recurso para la comprobación del hecho criminal y de la participación del imputado, un simple objeto. En el proceso penal no hay margen para que el ofendido pueda expresar el dolor y la angustia que le ha producido el hecho violento. Se le convoca y se le interroga. Espera y desespera. Es difícil que logre entender el funcionamiento del juicio penal. En la mayoría de los casos se le conmina a comparecer bajo amenaza de persecución, nadie tiene tiempo para escuchar su relato, se le requiere para que sea breve, para que conteste con monosílabos, pareciera que al sistema no le preocupa su problema. Su voz y su experiencia, que en el concierto público ciertos profesionales de la opinión dicen representar, carece todavía de resortes de acogida y recepción, incluso se ha puesto de moda la práctica de decidir contra su voluntad.

Por lo tanto, podemos identificar una doble realidad de las víctimas. Por un lado, su nuevo protagonismo público, bien es cierto que al servicio de discursos que reclaman mano dura y endurecimiento de las penas, del otro, su exclusión del proceso penal, incluso cuando se invoca la protección de la víctima como uno de sus fines. Todo ello tiene que provocar necesariamente un desequilibrio de la relación entre el estado, el imputado y el ofendido por el delito. Es así, como señala David Garland, que esa vinculación triangular conflictiva se resuelve aplicando la lógica del juego de suma cero, según la cual cualquier concesión, preocupación o mejora de la situación de los

¹²³ “Justicia de las víctimas”, citada, p. 34.

¹²⁴ “Sistema penal y seguridad ciudadana”, citada, p. 109.

imputados o condenados es algo que se le quita a la víctima, una ofensa que se añade a su sufrimiento¹²⁵.

5.4.2.- El concepto y las diversas categorías de víctimas; sus desarrollos en el derecho internacional.

La categoría de víctima es usada con tanta profusión como falta de precisión conceptual. En el mismo proceso penal se denomina víctima a una persona, también cuando se ha constituido en parte, antes de que se hubiere procedido a declarar probada la hipótesis fáctica de la acusación, incluso en la fase inicial de la investigación cuando la hipótesis ni siquiera se ha elaborado como tal. Todo ello sin reparar en que la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado en el proceso, impediría hablar en propiedad de víctima hasta que hubiera una sentencia firme. Buen ejemplo de tal imprecisión son el contenido de los artículos 544 bis y ter de la ley de enjuiciamiento criminal que permite a los jueces adoptar durante la instrucción, incluso en el primer momento al presentarse la denuncia, medidas cautelares muy diversas de “protección de la víctima”.

El punto de partida debe ser el reconocimiento de que solo es víctima la persona que sufre una violencia injusta e ilegítima, una violencia que se ha desplegado sin razón alguna. De esa manera, quedarían excluidos, en una primera lectura, de dicha construcción y de la condición de víctimas el delincuente que padece la violencia legal que le impone el estado por medio de la pena, el preso, y el asesino que muere al preparar o ejecutar su crimen (el terrorista que halla la muerte al manipular la bomba). Porque carecen de la inocencia que requiere la víctima, aunque su sufrimiento, como señalan los éticos, no deba ser despreciado.

Se plantea si la denominación ha de contraerse a quién sufre el daño que causa el conflicto que denominamos delictivo o también al que padece cualquier otra violencia que proceda de accidentes, actos o males provocados por la naturaleza, que no permiten su subsunción en los tipos penales. Por otro lado, se puede hablar de víctimas y de perjudicados; como señalamos antes, hay víctimas que provocan el delito, víctimas que interactúan y víctimas ajenas o inocentes, seleccionadas al azar; delitos contra bienes jurídicos difusos en los que la víctima es una colectividad o un grupo humano amplio o un conjunto despersonalizado; y hay delitos sin víctima, que son aquellos en los que la supuesta víctima consiente –paradigma de esa clasificación es el delito contra la salud pública, en el que el consumidor, al que se trata de proteger contra su propia voluntad, resulta perjudicado por la injerencia de los poderes públicos y por la misma prohibición, porque le impiden acceder a la sustancia que consume o conocer su calidad, incluso le confiscan la droga si es sorprendido en plena transacción¹²⁶.

En el ámbito de la violencia terrorista las cosas se complican. Una de las causas de la mayor complejidad técnica es la ausencia de una definición común de terrorismo, ya que no hay consenso al respecto en la comunidad internacional, un lugar común en cualquier aproximación al problema. En este ámbito se puede reseñar, en primer lugar, a

¹²⁵ “La cultura...”, citada, p. 46.

¹²⁶ Entre nosotros esa realidad, molesta para cierta criminología, fue tratada por E. Lamo de Espinosa en “Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral”, Alianza 1989, demostrando que la persecución penal de esas conductas encuentra su justificación no en la protección de la salud de las personas sino en una determinada visión moral sobre el vicio y el desorden social.

la víctima de una agresión injusta que procede de una organización o grupo terrorista, que es el paradigma de víctima inocente instrumentalizada o mediatizada al servicio de los fines de los terroristas, he ahí la maldad intrínseca del terror desde el plano moral. Fines que persiguen dispersar o difundir el miedo entre un sector de la población, de ahí que en su estrategia seleccionen objetivos humanos con diversos criterios, atendiendo a ciertas características -policías, políticos adversos- que le hacen representar el poder que combaten y procediendo también de manera aleatoria, como mecanismo para “socializar” el terror al promover la identificación de otros con la víctima, bajo el esquema “podría haber sido usted”. Pero, la experiencia española reciente lo indica, hay víctimas de una violencia ilegítima e injusta de grupos privados paraestatales, el caso Gal o sus sucedáneos previos durante la transición y que actuaron hasta el año 1989, que en principio no tenían encaje ni reconocimiento en la delimitación del objeto de la ley estatal 32/1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo (“*víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana*”¹²⁷). Aunque su reparación fue admitida por vía jurisprudencial y su existencia, por lo tanto el reconocimiento público de su sufrimiento –algo pendiente respecto a las víctimas de la dictadura- se hizo en virtud de la ley vasca de reparación de las víctimas del terrorismo. Y existe una tercera categoría bien complicada de perfilar moral y jurídicamente, la víctima que a su vez ha sido victimario, porque formaba parte de la organización terrorista pero sufrió la violencia ilegítima paraestatal o a manos de funcionarios públicos o, incluso, de sus propios compañeros de la organización criminal. Hay quien sugiere, desde proyectos comprometidos con la deslegitimación de la violencia, la justicia debida a las víctimas y con el valor pedagógico de su testimonio, que existe un inmenso caudal restaurativo para la promoción de procesos de reconstrucción de las relaciones sociales, e imprescindible, en el acercamiento y encuentro de ambos grupos de víctimas con miras a compartir la experiencia de la victimización. Una idea próxima a la mediación en el contexto de la justicia restaurativa que nos ocupa¹²⁸.

En cualquier caso, y dejando el tema de la violencia terrorista, el concepto de víctima parece que surgió vinculado al delito y en contraposición al autor del hecho, al delincuente. Dos personas, infractor y víctima, que perfilan los polos del conflicto criminal. Que la víctima solo puede erigirse a partir del victimario y de su conducta, parece algo obligado de admitir. Es recurrente en las reflexiones y ficciones al respecto, el argumento de que la víctima solo es aprehensible o comprensible en su relación con el verdugo o agresor. Posiblemente por ello, de manera paradójica, la verdad de la violencia no reside en el accionar sino en el padecer o sufrir, como explica Sofsky. La víctima, aislada y sometida por el miedo, guarda su experiencia de dolor y enfrentamiento con la violencia, es portador de una verdad que solo ella conoce. Porque el dolor no se puede comunicar, verbalizar o representar, solo exhibirlo; el lenguaje se queda corto, no sirve como vehículo de comunicación de lo vivido, es preciso acudir a la imagen; es por ello que las víctimas de la violencia enmudecen, se refugian en el

¹²⁷ La reforma del código penal operada por LO 5/2010 ha eliminado la referencia anterior a bandas armadas, dejando la de organización e introduciendo la nueva categoría de grupo terrorista.

¹²⁸ Ver las reflexiones de X. Etxeberría y T. Urkijo sobre esos temas en el libro colectivo “Con las víctimas del terrorismo”, coordinado por A. Duplá y J. Villanueva, Gakoa 2009, que tiene el gran valor añadido de incorporar la crónica, los argumentos y las emociones de un sector de la política y de los intelectuales de Euskadi, que representan los dos editores, sobre la incapacidad para apreciar el sufrimiento de las víctimas y la constatación de que dicha omisión vino a añadir más daño al que les había provocado la violencia terrorista.

silencio. El grito, signo del dolor, es mera gestualidad, no transmite mensaje alguno, pues carece de objeto¹²⁹. La exposición de motivos de la ley vasca de reparación y reconocimiento de las víctimas del terrorismo indaga en esa relación con precisión: “Porque el significado político de las víctimas trasciende el hecho mismo de ser víctima. El serlo no es algo buscado, las víctimas no dieron su vida, se la arrebataron”.

Razón que explica que la víctima deba ser una persona física, resultando impropio aplicar dicha clasificación a las personas jurídicas. Y ello, esencialmente, porque ha sido elaborada como sujeto de derechos, entre ellos, como veremos, los derechos a la memoria y a la verdad, relacionados íntimamente con la dignidad de la persona, que reconocen las normas de derechos humanos y las constituciones nacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 enuncia en su primer artículo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y nuestra Constitución afirma en su artículo 10 que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento de la paz social y del orden político. Dignidad de la persona que se halla en el origen de la concepción del derecho moderno.

Las diversas leyes que han tratado la ayuda y protección de las víctimas han eludido dar una definición de manera directa. Los textos legales se refieren a quienes han sufrido actos violentos o delitos; así se hace en la ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual o la ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. La ley 4/2008, de 19 junio, del Parlamento Vasco, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo que antes hemos citado, aunque no contiene una definición, evidenciando la dificultad de la empresa, supone un avance porque configura su posición jurídica y describe, en su segundo título, los derechos a los que resulta acreedora la víctima, sirviéndose del derecho internacional de los derechos humanos. Su posición jurídica reposaría sobre tres ejes: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. Además, la ley reconoce e incorpora el derecho a la memoria, confiriendo así -según dice su exposición de motivos- singular relevancia a la significación política de las víctimas. Memoria, dice ese preámbulo en expresión feliz, como lugar de encuentro entre la sociedad y las víctimas del terrorismo. La norma es importante porque permite recomponer los contenidos a los que han de responder las políticas públicas en la atención a las víctimas, sobre todo si han sido violentadas por actos masivos o sistemáticos de vulneración de los derechos humanos.

En el derecho internacional y en el derecho europeo podemos encontrar desarrollos importantes en los últimos años para elaborar la posición de la víctima y su estatuto jurídico. Y aunque no se pueda hablar, tampoco aquí, de un concepto homologado, hay elementos suficientes de consenso como para reconstruir una definición aceptable que concrete las obligaciones de los estados de atender a su protección mediante la provisión de justicia, verdad y reparación¹³⁰.

La primera norma internacional fue la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, que ofrecía

¹²⁹ “Tratado sobre la violencia”, citado, p. 65 y siguientes.

¹³⁰ Seguiremos la descripción detallada que hizo C. Fernández de Casadevante Romaní en “Las víctimas y el derecho internacional”, Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XX (2009), p. 3 a 66.

un concepto amplio que venía a contemplar el daño material y el daño inmaterial, la víctima directa y la víctima indirecta en los allegados y familiares de aquella y en quienes hubieran sufrido al atender o auxiliar a la víctima o tratar de impedir su victimización¹³¹. En el derecho internacional se reconocen hasta cinco categorías de víctimas: las víctimas de delitos, las de abuso de poder, las de desapariciones forzadas (que cuentan con una Declaración para su protección, resolución 47/133 de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas y con una Convención Internacional, de 20 de diciembre de 2006, suscrita por España), las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario (el respaldo de estas dos clasificaciones se encuentra en la resolución 2005/35 de la Comisión de derechos humanos de ONU que establece los Principios y directrices sobre sus derechos básicos).

Respecto a los derechos de las víctimas de los delitos, la primera de esas cinco categorías, en el marco de la Unión Europea se recoge una definición similar en la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 2001, que hemos citado en otros lugares y que establece el estatuto de la víctima en el proceso penal: “*la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro*”. Y en el contexto del Consejo de Europa hallamos esa definición en el Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 24.11.1983. Las otras cuatro clasificaciones se recogen y desarrollan en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho humanitario -que regula los conflictos armados-, que establecen con precisión junto a la víctima directa la figura de la víctima indirecta, acogiendo bajo dicha cláusula a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las que hubieren sufrido al intentar prestar asistencia o impedir la victimización. Fórmula que halla una especial significación en las desapariciones forzadas -de adultos y de niños, una categoría del derecho internacional que responde a las experiencias traumáticas de las dictaduras latinoamericanas, de las que España no es ajena-, ámbito en el que la víctima directa tiene dos concreciones; en primer lugar, la persona detenida y hecha desaparecer, en segundo lugar, sus familiares y toda persona física que hubiere sufrido un perjuicio directo como consecuencia de aquella acción (art.24 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*). Ese reconocimiento presta atención al hecho de que la desaparición forzada con ocultamiento de la suerte de la víctima afecta de modo directo e intenso a su entorno familiar y personal, porque persigue dispersar el terror en dicho círculo. La Sentencia *Velásquez contra Honduras* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29.7.1988, que construyó el nuevo paradigma de la desaparición forzada, exponía con claridad esa terrible realidad: “*su carácter sistemático y reiterado, su*

¹³¹ Dice esa norma institucional: “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. 2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido como víctimas directas a los familiares del desaparecido y ha declarado que la tolerancia, omisión e inactividad del estado en la investigación de los crímenes de lesa humanidad por desaparición forzosa, o en la adopción de medidas para que cese la injusticia, constituyen un trato inhumano y degradante sobre dichas víctimas prohibido por el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Kurt contra Turquía*, de 25.5.1998, que justifica su decisión en "*la incertidumbre, duda y aprensión sufrida por el recurrente durante un prolongado y continuo periodo de tiempo le causó un severo sufrimiento mental y angustia...por la desaparición de su hijo...imputable a las autoridades*").

Tras esta breve acotación sobre el derecho internacional y europeo, cabe sostener que existe un estatuto jurídico de la víctima que reconoce y declara un amplio catálogo de derechos -que implican la obligación del Estado- entre los que destacan el derecho de acceso a la justicia mediante la provisión por las autoridades de una investigación oficial y efectiva, el derecho a la verdad para conocer con precisión el hecho violento y sus responsables, el derecho a una reparación adecuada, debiendo ser la víctima objeto de un trato humano y respetuoso con su dignidad, que comprenda la restitución, la indemnización del daño, la satisfacción y la garantía de no repetición, y el derecho a la memoria, que abraza el reconocimiento público, conmemoraciones y homenajes y el fomento de una memoria colectiva que exalte los derechos humanos y deslegitime la violencia.

Pues bien, en ese contexto aparece con fuerza la necesidad de habilitar un protagonismo a las víctimas en el proceso penal, que reconozca su dignidad y su capacidad de autodeterminación, su condición de ciudadano y su potestad para tomar decisiones respecto a cómo debe ser atendido y tratado después de la experiencia de la victimización. Sin miedo a que su presencia activa desequilibre el sistema procesal penal, pero prestos a identificar y neutralizar las miserias y contradicciones que las buenas intenciones y las malas prácticas -moneda al uso en el sistema- provocan en el tratamiento de las víctimas.

5.4.3.- La víctima como la gran olvidada del proceso penal.

La tradicional configuración del proceso penal se dirige fundamentalmente a la figura del infractor, estableciendo una relación bilateral entre éste y el poder punitivo del Estado que es el que posee el monopolio del *ius puniendi* para responder a los ataques más intolerables contra los bienes jurídicos esenciales de la comunidad. En esta configuración, propia del derecho moderno, la víctima se encuentra relegada a un papel marginal, contemplándose como mero objeto y no como sujeto de derechos. Soporta los efectos del hecho delictivo, el rechazo e indiferencia de la sociedad y de los poderes públicos, y la falta de sensibilidad de todo el sistema legal. Pero la víctima es uno de los sujetos básicos en el proceso penal y su colaboración y presencia activa son imprescindibles para una correcta respuesta al delito¹³².

¹³² Que no se produce en los llamados "juicios de conformidad". Pensemos en su posición en tales ocasiones: no participa en las conversaciones, no se le explican los motivos e, incluso, ni siquiera se le informa del resultado; todo ello tras haber acudido -inquieta y nerviosa- al acto del juicio y, en muchas ocasiones, después de permanecer horas en la puerta de la Sala de Vistas a la espera de ser llamada.

Un derecho penal democrático, propio de un estado de derecho no puede obviar el respeto a los derechos de la víctima y ha de tratar de paliar los perjuicios que padece, tanto por el delito -victimización primaria- como por la investigación y el proceso mismo -□victimización secundaria-. Un derecho penal que se ocupe solo de la represalia por el hecho y de la resocialización del delincuente, sin tomar en cuenta a la víctima, será un derecho penal inútil, injusto e ilógico.

A su vez, el proceso penal es el cauce para controlar la realización del derecho a castigar ejercido de forma monopolística al Estado. Ahora bien, este interés estatal puede entrar en conflicto con el interés de la víctima. Limitado aquél a la solución represiva del conflicto, marginaría cualquiera otras soluciones. En concreto aquéllas que pudieran alcanzar una mejor reparación de la víctima o que evitaran mayores perjuicios para ésta derivados de la resolución represiva.

La eventual voluntad reparadora del acusado va desapareciendo con el discurrir del proceso, primero, y tras la imposición del castigo penal, después. El proceso aleja al delincuente de la víctima, impidiendo la resolución de su conflicto personal. Se olvida así que lo que las partes desean en muchos casos es una solución que armonice sus diferencias, no necesariamente una sentencia que cristalice sus discordias. Por eso aparecen como preferibles las fórmulas que articulan espacios de mediación.

Los postulados del garantismo penal fueron recogidos en nuestro país en la Constitución, que establece todo un sistema de garantías de los derechos del acusado, aún antes de llegar a serlo, transformando al imputado en el gran protagonista de nuestro proceso penal. Por el contrario, la tutela de los derechos de la víctima no se halla presente al mismo nivel. El proceso penal en España se basa en el binomio exclusivo Estado-infractor, relegando a la víctima a su mera condición de testigo sin participación en la resolución del conflicto y sin tomar parte activa y paritaria en su resolución.

Sin embargo, la víctima –junto con el estado y el infractor- constituye el tercer pilar sobre el que también debería descansar el proceso penal; la necesidad de hallar el adecuado equilibrio entre tres intereses que, por su propia naturaleza y condición, resultan contrapuestos es quizá uno de los mayores retos de nuestro tiempo. De una parte, el interés del Estado que, a través de su Administración de Justicia, trata por medio del proceso penal de esclarecer el delito y de perseguir a sus responsables, para que evitar la impunidad de las conductas contrarias a derecho. De otra, el interés del propio imputado, titular de derechos fundamentales de contenido procesal, especialmente de los derechos a un proceso público con todas las garantías, que exige el respeto de los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas, así como a la presunción de inocencia. Finalmente, el interés de la víctima que, en muchos casos, constituye la principal –y a veces única- prueba de cargo para esclarecer el hecho delictivo y destruir la presunción de inocencia del imputado, pero que sufre los temores e incomodidades derivadas de su participación en el procedimiento.

La posición de la víctima no debe verse más maltratada de lo que ya lo ha sido en cuanto sujeto pasivo del hecho delictivo. Mientras reclamamos, cada vez más, la colaboración ciudadana en la persecución de los hechos delictivos y las animamos a que acudan a denunciar que lo han sido y obtengan, por contrapartida, la debida protección

del Estado de Derecho, aquéllas no encuentran tal protección y son de nuevo víctimas, en este caso de la propia Administración que no las ofrece la debida atención y protección, por lo que será difícil luego obligarles o trasladarles la necesidad de su colaboración a la hora de intervenir en el proceso penal, acudiendo a las citaciones y declarando en las diligencias judiciales.

Es la llamada victimización secundaria: los sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito se les infiere desde las instituciones involucradas en la función de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias..., es la consecuencia de la interacción de la víctima con el complejo aparato jurídico penal del Estado y que con frecuencia resulta más negativa que la victimización primaria, al incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial, provocados por el maltrato, la indiferencia o el desprecio al dolor que soporta la víctima de la infracción penal.

La cuestión más importante radica en que si desde las distintas agencias que intervienen en la administración de justicia no se logra generar un grado mínimo de confianza en la víctima difícilmente se podrá obtener la necesaria colaboración de los testigos y perjudicados en el papel que les está reservado en el procedimiento penal.

Ya en 1993 Monterde Ferrer¹³³ en un trabajo publicado en los Cuadernos de Derecho Judicial establecía diversas conclusiones que debían ser tenidas en cuenta para evitar la victimización secundaria, que incluso hoy día están a la espera de su completa aplicación, y que podemos sintetizar en las siguientes:

- La víctima aparece como la gran olvidada por el sistema legal hasta fechas relativamente recientes, frente a la atención suscitada por el delito y por el sujeto agente del mismo.

- La víctima se ha revelado, especialmente en los últimos años, merecedora de una especial protección que impida o palie los efectos negativos que sobre ella produce no sólo el delito sino el propio proceso.

- La víctima necesita un apoyo que debe extenderse a tres áreas fundamentales: la jurídica, la psicológica y la socio-económica.

- A la víctima debe facilitársele la denuncia, el seguimiento del proceso y la consecución de la reparación económica del daño producido.

- Las oficinas de asistencia y apoyo deberían tener implantación en todo el Estado, al menos con carácter provincial y con posibilidades de actuación por medio de sus corresponsalías en todos los municipios.

- La coordinación de las actividades de estas oficinas debería corresponder al Ministerio Fiscal, por su implantación en todo el territorio, por su misión constitucional y estatutaria, así como por su inmediato y normal acceso a todos los órganos jurisdiccionales.

¹³³ Francisco Monterde Ferrer; "Victimología. Proyecciones asistenciales. Práctica", Cuadernos de Derecho Judicial número 15, año 1993, págs.. 243-286.

- Deberían estimularse las iniciativas legislativas en orden a la actualización del procedimiento penal, imprimiéndosele mayor rapidez y simplicidad, sin merma de las garantías esenciales.

- Deberían propiciarse los estudios para la plasmación legislativa de soluciones alternativas de reparación, con respecto al mismo proceso y en beneficio de la víctima.

- Deberían desarrollarse soluciones legislativas para la reparación con cargo a los presupuestos públicos, en los casos de insolvencia del condenado, garantizándose el logro de aquélla.

- Debería introducirse en los planes de estudios para el ingreso en las carreras Judicial, Fiscal y de Secretario Judicial, así como en los de las Escuelas de Práctica Jurídica de los Colegios de Abogados, materias lectivas que tuvieran relación con formación victimológica, fomentándose por los medios adecuados el cumplimiento por parte de los Letrados de los deberes deontológicos previstos en su Estatuto que impiden el acoso victimizante a los testigos, y la utilización por parte de Jueces y Presidente de Tribunales --sin perjuicio de la imparcialidad que les es propia-- de los resortes procesales y disciplinarios útiles para el mismo fin.

- Resulta necesaria la adecuación material de la estructura y mobiliario de las sedes jurisdiccionales a las necesidades específicas del proceso penal y de la dignidad propia de la víctima y de los testigos que en él han de intervenir.

No podemos olvidar, además, que la actitud de la víctima hacia el sistema legal y su comportamiento en el mismo condiciona su efectividad y rendimiento. El número de denuncias que se formulan por las víctimas depende, en gran parte, de la confianza que les ofrezcan las distintas instancias de la justicia penal. La decisión de no denunciar y de conservar oculta la comisión del hecho delictivo hace que la víctima posea un importante papel en el control social político-criminal que debe tenerse en cuenta. La víctima se transforma así en la llave del procedimiento, repercutiendo su falta de denuncia en el conocimiento de la cifra del crimen y en la prevención general del delito. Las garantías que se proporcionen a la víctima y la respuesta legal a sus necesidades reales van a incidir directamente en el control social y la prevención del delito que el Derecho Penal persigue.

Como indica Herrera Moreno¹³⁴: *“...La denuncia y la cooperación victimal, son en la practica instrumento básico e insustituible en la prevención de la criminalidad. Sin embargo, la víctima no colaboradora no ha de constituir en absoluto una figura que el Estado haya de acosar y abatir, como elemento perturbador del correcto funcionamiento de las instituciones; antes bien, habrá que partir de un contrario razonamiento: el silencio de la víctima es el mas activo y explícito exponente de un insatisfactorio funcionamiento institucional.”*

La víctima, además, constata cómo el proceso no compensa el daño padecido. Los órganos de control social - Policía, Jueces, Fiscales...- en muchos casos no le dan la información necesaria y la respuesta pronta a su situación procesal. Se le fuerza a colaborar mientras y las reparaciones civiles se ven frustradas por declaraciones de

¹³⁴ “La hora de la víctima. Compendio de victimología”, Edersa 1997, p. 195.

insolvencia casi automáticas y, en muchos casos, poco comprobadas, surgidas de una especie de automática presunción que se perpetuara toda la vida del individuo ya que ningún organismo se volverá a ocupar de revisar la situación económica del condenado.

Un sistema de justicia debe ser eficaz y no hay duda de que el rendimiento y efectividad de un sistema legal se halla en buena medida condicionado por las actitudes sociales hacia el mismo. De poco sirve que cuente con un excelente aparato normativo y con expertos funcionarios y juristas que lo apliquen si carece del respaldo y la colaboración de los ciudadanos. De otra parte, la calidad de un sistema legal no se mide sólo por su capacidad disuasoria, potencial o comprobada, sino por el grado real de satisfacción de las diversas expectativas que el crimen, como problema social, genera. Las actitudes de la víctima hacia el sistema legal, y la respuesta de éste a las expectativas de la víctima son, por tanto, indicadores muy significativos de la eficacia y calidad de un sistema legal.

Las vivencias de la víctima-testigo a su paso por las distintas fases del proceso, sus percepciones y actitudes con relación a los agentes del control social formal constituyen el tema central de numerosas investigaciones criminológicas. Coinciden todas ellas en una constatación: la víctima se siente maltratada por el sistema legal, injustamente maltratada. Sabe de la importancia de su colaboración con la policía y la justicia, y sin embargo, comprueba cómo no recibe un trato equitativo que compense los perjuicios y molestias de todo tipo que dicha cooperación le ocasiona. Los profesionales del sistema ignoran sus actitudes y necesidades, le niegan el significado que efectivamente tiene. Estos datos merecen una reflexión atenta. Parece, pues, imprescindible redefinir el rol de la víctima-testigo y concienciar a todos quienes intervienen en el proceso penal de sus actitudes y expectativas. Ponderar los perjuicios económicos, familiares, laborales y de la más variada índole que experimenta la víctima cuando presta su colaboración a la Justicia. Atenderla e informarla puntualmente de las vicisitudes del proceso, del significado a menudo enigmático para ella de los ritos y ceremonias procesales. Hacerla participe de la solución que el sistema da al conflicto que ha padecido. De este modo, no sólo se haría justicia con la víctima: se fomentaría su colaboración con el sistema legal y se mejoraría cualitativamente su funcionamiento.

Para conseguirlo, hoy parece necesario diseñar un nuevo modelo de Justicia Penal, de faz humana y mayor calidad, que parta de la concepción del suceso criminal como problema y como conflicto interpersonal e histórico que enfrenta, en la mayoría de los casos, a dos seres humanos concretos: infractor y víctima.

Así se ha entendido en el campo internacional en el que hemos de destacar la conocida y ya citada Recomendación núm. R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal (adoptada el 28 de junio de 1985 con ocasión de la 387 Reunión de los Delegados de los Ministros) que, entre otras medidas de apoyo a las víctimas, encomienda examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

También debemos tener en cuenta la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal que reúne medidas destinadas a atender los intereses de esta y, además, medidas de asistencia destinadas a paliar los efectos del delito antes o después del proceso penal.

Esta decisión incluye entre los derechos básicos de las víctimas el derecho a indemnización y en un plazo razonable, y el impulso a la mediación en el marco del proceso penal, debiendo velarse por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

En cuanto al derecho a la restitución, reparación y resarcimiento civil, se ve obstaculizado por su aplicación dado que, la sobrecarga de trabajo que muchas veces soporta la Administración de Justicia, ha creado una inercia que conduce –como ya hemos dicho- a la declaración de insolvencia sin apenas investigación previa del patrimonio del condenado y una total falta de seguimiento posterior de la adquisición de la solvencia como la ley preceptúa. Por ello, se aboga por una vía terciaria de reacción ante determinados delitos de carácter leve que compagine mediación y resarcimiento de la víctima por el delincuente y desactive la reacción penal con las suficientes garantías. En el campo del Código Penal se considera como atenuante a efectos de pena la reparación a la víctima antes de la celebración del juicio oral lo que puede dar lugar a una importante rebaja penológica por la vía de la atenuante cualificada o no.

5.4.4.- Las limitaciones de las penas como respuesta al delito.

Hoy sabemos que la mera imposición de un castigo no siempre es la solución. La pena no resuelve los problemas de la víctima, carece de utilidad para el delincuente y supone un importante coste para la sociedad. Por ello, actualmente, la búsqueda de alternativas a las penas privativas de libertad es cada vez más apremiante, estando sometidas éstas a una importante revisión.

Estudios solventes han demostrado los efectos de la llamada prisionización¹³⁵ que no contribuyen en nada a la resocialización del delincuente sino, al contrario, sus efectos estigmatizadores la dificultan y mantienen una importante tasa de reincidencia, afectando negativamente a las penas cortas y provocando en las largas un síndrome en el interno que lo inutiliza para la futura vida en sociedad. Por ello, cada vez más, se emplean los llamados sustitutivos penales. Frente al siglo XIX que fue catalogado como el siglo de las penas privativas de libertad, este siglo ha sido el de la anticárcel, debido sobre todo al fracaso de la idea de rehabilitación.

Con el término " prisionización" -introducido por Clemmer en 1940- se denomina un conjunto de efectos psicológicos que se producen al asimilar los encarcelados de hábitos, usos, costumbres y cultura de la prisión, dándose una disminución general del repertorio de conducta de los mismos como resultado de su estancia prolongada en un centro penitenciario¹³⁶. Sus efectos más destacados son:

¹³⁵ Sobre este tema puede consultarse "Psiquiatría criminal y forense", de A. García Andrade, Centro de Estudios Ramón Areces 1996, p. 338 y siguientes.

¹³⁶ La prisionización es una consecuencia de la institución total, que puso de relieve el sociólogo Ervin Goffman en su obra "Internados", Amorrortu 1970, y que se caracteriza por constituir un espacio que disuelve y elimina los límites entre el trabajo, el tiempo libre y el descanso, es decir donde se cancela y anula vida privada. Al sustituir los compañeros de trabajo, familia y amigos, impone una cultura propia, cambiando el comportamiento de la personalidad de los internos. Este fenómeno se da en psiquiátricos, monasterios de clausura, asilos de ancianos, escuelas militares y campos de concentración, además de en las cárceles.

- Un aumento del grado de dependencia debido al amplio control conductual que existe dentro de las prisiones.

- Una devaluación de la propia imagen y una disminución de la autoestima.

- Un incremento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo de los presos, que se traduce en una mayor adhesión a los valores carcelarios.

- Un aumento en el nivel de ansiedad.

Habida cuenta que los principales objetivos del Derecho Penal son restaurar el orden jurídico perturbado; reparar y satisfacer a la víctima; reinsertar al delincuente en la sociedad evitando que el mismo delinca en el futuro, y en último extremo, prevenir con la amenaza del castigo la comisión de nuevos delitos, creemos que el actual sistema penológico que mantiene la prisión como reina de las penas de una manera exacerbada¹³⁷ y da una escasa participación a la víctima en el sistema penal, responde mal al logro de los objetivos que debiera tener una política criminal razonable. Este aumento, casi incontrolado, de la prisión como respuesta al delito y de su duración termina siendo también inútil y completamente ineficaz para la sociedad y para la víctima.

Como consecuencia de todo lo anterior, mientras que los datos que se manejan por los estudios en la materia reflejan que nuestro país siendo uno de los de menor tasa delictiva de los países de nuestro entorno (en el año 2008 la tasa de delitos por cada 1000 habitantes fue de 46,7, mientras que la media europea se situó en el 70,4) y que se presenta una línea global descendente en los últimos 20 años, mantenemos uno de los porcentajes de presos más altos de Europa que no ha parado de crecer desde 1980.

Esta situación exige la búsqueda de otras soluciones para la infracción criminal entre las que podrían indicarse:

1.- La reparación a la víctima. No solo indemnizándola o compensándola económicamente, sino también buscando su participación en la recuperación del orden perturbado. Esto puede hacerse ampliando las consecuencias jurídico-penales a prestaciones personales del autor a favor de la víctima o de la comunidad, en todos los casos en que sea posible.

La reparación se ha utilizado en otros países con resultados esperanzadores mediante programas que no estigmatizan al delincuente; le reconocen como miembro de la comunidad, respetando su personalidad y haciéndole contribuir activamente en la recuperación del orden perturbado. Y mejora la situación de la víctima que de un mero medio de prueba (objeto del proceso penal), pasa a ser cooperadora de la respuesta social al hecho delictivo (sujeto y protagonista de la solución).

Entre las variantes de esta forma de reparación se encuentran los trabajos comunitarios, prestaciones personales a favor de entidades benéficas o actividades esenciales entre otros. Los trabajos en beneficio de la comunidad -previstos como pena sustitutiva en determinados casos, siempre con consentimiento del condenado ya que otra cosa provocaría una situación de trabajos forzados proscritos constitucionalmente-,

¹³⁷ Sobre ello se volverá más adelante: ver epígrafe 5.7.

se encuentran previstos en el Código Penal español de 1995, si bien la falta de un catálogo suficientemente amplio de puestos hace difícil su generalización práctica. Pensemos que la encarcelación del delincuente dificulta la reparación económica a la víctima, ya que la privación de libertad impide al preso el acceso al trabajo y por lo tanto a medios económicos que lo hagan posible.. “Todo parece indicar –decía el profesor Roxin, firme defensor de la mediación- que nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer”¹³⁸. Tal estado de cosas no beneficia a nadie, ni a las víctimas, ni a los agresores, ni a la sociedad.

Conviene destacar dos datos sobre las motivaciones de agresores y víctimas que recomiendan abordar el problema desde otra perspectiva. Muchas de las personas que han cometido un delito sienten la necesidad de reparar el daño que han causado. La experiencia del proceso penal nos lo enseña. El mismo Roxin daba noticia de investigaciones psicológicas en el ámbito norteamericano que demostrarían una voluntad de reparar en los infractores ¹³⁹. No obstante, parece que esa intención inicial va desvaneciéndose según es sometido al proceso, a la coacción que implica, y sancionado o privado provisionalmente de libertad en una prisión. Cuando el autor se considera castigado de manera suficiente, se produce la desmotivación. Es un efecto de desresponsabilización que genera el desarrollo del proceso penal y que perjudica los intereses de las víctimas.

Y, sin embargo, es un dato aceptado que las víctimas denuncian para buscar de manera prioritaria la reparación, el resarcimiento del daño, antes que el castigo y la sanción ¹⁴⁰.

El Código Penal de 1995 ha defraudado en este sentido, desde el punto de vista criminológico, debido a la escasez de alternativas a las penas que presenta en comparación con el importante elenco de las mismas que presentan los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Solo el trabajo en beneficio de la comunidad -muy limitado- puede considerarse realmente como tal. Nos encontramos ante un ejemplo más de la falta de realización de estudios técnicos previos típica de nuestra actividad legislativa y que tantos fracasos viene provocando.

2.- Los mecanismos de conciliación y mediación víctima-ofensor, fuera del proceso. Formas de reacción iniciadas en América del Norte, en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, que tratan de involucrar a los delincuentes en la reparación a cambio de renunciar el Estado a su pretensión punitiva. Aparte de la implicación que supone para ambos protagonistas del hecho criminal, descarga al Estado y a los Tribunales del trabajo que implica el proceso penal.

¹³⁸ “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en la obra colectiva citada “De los delitos y de las víctimas”, al cuidado de J. Maier, p. 140.

¹³⁹ Reseñada en la nota anterior, p. 140. Un informe del capellán penitenciario M. Maillard alertaba de lo que consideraba un cambio en la mentalidad de los reclusos: “Todo el régimen carcelario hace que el recluso se enfrente a su condena y nunca a su crimen o a su delito”, citado por Pascal Bruckner en su libro antes anotado “La tentación de la inocencia”, p. 127.

¹⁴⁰ Roxin menciona varios estudios que sostienen esa afirmación en el artículo mencionado, p. 151.

La principal ventaja de este sistema es que, al implicar al infractor, se le hace tomar conciencia del daño producido con su conducta lo que repercute, sin duda, favorablemente en su rehabilitación. También deja más satisfecha a la víctima y supone un importante ahorro de recursos públicos. Es, por todo ello, una respuesta al delito más humanitaria, razonable, útil y económica para todas las partes implicadas superando los clásicos criterios retributivos.

5.4.5.- La mediación como respuesta a las insuficiencias del sistema de justicia.

El total desconocimiento de la víctima por parte del sistema de justicia penal provoca que genere en muchos casos una profunda sensación de fracaso. Las víctimas y sus familias acuden a los Juzgados, soportan esperas y suspensiones que nadie explica ni justifica, y se pone fin a la causa sin haber tenido la oportunidad de llegar a conocer ni comprender lo sucedido, la verdad y los motivos, provocándose no pocas veces con todo ello sentimientos de impotencia y deseos de venganza lo que, a la larga, impide cerrar las heridas provocadas por el delito.

En cuanto al infractor, como hemos sugerido ya, se le priva de la posibilidad de ponerle cara al daño que ha causado, de reflexionar sobre sus motivos y de asumir una verdadera responsabilización por el delito cometido.

Las políticas de tolerancia cero que orientan las actuales tendencias en el tratamiento de la criminalidad, impiden la profundización en las causas de los problemas que están en la base de los delitos, por qué –en su caso- aumentan los delitos y los casos de reincidencia. En la lucha contra el delito es más efectivo conocer el “porqué” que el “qué”.

Por ello, creemos que hay que reorientar humanamente el funcionamiento del sistema penal. La violencia institucional que genera y la eficacia limitada del derecho penal provocan que debamos pensar en sistemas que compensen sus lagunas. Y en esa búsqueda creemos que facilitar a la víctima el elaborar terapéuticamente la situación traumática sufrida y devolverle el protagonismo necesario no es un mal camino. Si un sistema así, además, puede potenciar la responsabilización de la conducta del infractor en orden a la reparación del daño causado, evitando la reiteración en la conducta delictiva, y, al mismo tiempo, disminuir los niveles de violencia institucional sin perder la posibilidad de lograr los fines justificadores del derecho penal habremos logrado un paso de gigante en el objetivo de humanizar nuestro sistema de justicia.

Para ello se hace preciso potenciar un sistema de resolución de conflictos basado en el diálogo. Diálogo interpersonal que permita expresar con honestidad los sentimientos más profundos afectados por el hecho delictivo, la reparación del daño, la expresión de disculpas y la vuelta de la víctima a su situación emocional previa al delito; y como consecuencia de ello, la desactivación del proceso penal en fases tempranas con el ahorro social, personal y económico que ello supone.

En esta búsqueda la mediación se revela como una fórmula de aplicación de la ley penal que facilita el diálogo comunitario, reconstruyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando sus consecuencias negativas en víctimas e infractores desde los parámetros de la Justicia Restaurativa. Es también una fórmula de participación de los ciudadanos y la sociedad civil en la administración de justicia siguiendo las

disposiciones constitucionales. Es, pues, y en definitiva, una fórmula que contribuye a construir un modelo de derecho penal que actúa orientado hacia el futuro. Un derecho penal más humano, más democrático y, sin lugar a dudas, más justo.

5.5. MEDIACIÓN PENAL, ¿UN MÉTODO APTO PARA TODO TIPO DE INFRACCIONES? VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y FAMILIAR

Que en un país como España se haya llegado en pocos años desde el pasado reciente y la estructura política y social de donde procedemos¹⁴¹ a un grado tan notable de sensibilización respecto de las seculares injusticias perpetradas contra la mujer como el que en la actualidad se percibe, y que se asuma y combata desde frentes diversos el insuficiente nivel de igualdad entre sexos que todavía hoy se detecta en nuestra vida cotidiana es, sin duda, un fenómeno sociológico tan relevante que roza la categoría de histórico. La reacción mayoritaria de rechazo total a la manifestación más grosera y brutal de las desigualdades de género en las relaciones familiares –la violencia ejercida por los hombres sobre sus parejas- no es sino su consecuencia. Que, además, todas estas inquietudes se enmarquen en una preocupación más general por hacer visible y erradicar la violencia ejercida en la vida familiar, en un entorno hasta hace bien poco entendido como privado, asumido como opaco y situado al abrigo de intromisiones externas, donde los miembros más débiles y vulnerables de la estructura familiar podían ser objeto de comportamientos antijurídicos por parte de los componentes más poderosos del grupo familiar (por razones estructurales, generalmente, del género masculino) sin alcanzar el suficiente grado de reproche legal, constituye un fenómeno sociológico de alcance todavía no suficientemente ponderado.

Desde este incuestionado punto de vista se abren, sin embargo, numerosos interrogantes: ¿la intervención de los distintos estamentos estatales y la movilización de la sociedad civil, ante un problema global tan complejo, están siendo los adecuados? ¿es correcto su tratamiento jurídico-penal? ¿ha sido la respuesta del legislador –en especial las de los años 2003 y 2004- la más acertada? ¿la aplicación de las normas penales en nuestros Juzgados y Tribunales está brindando la respuesta que los justiciables, especialmente las mujeres-víctimas, demandan o precisan? Y, en lo que al objeto de este documento interesa, ¿es compatible el sentimiento compartido de preocupación y especial atención hacia la violencia intrafamiliar con el veto –de hecho o de derecho- a la mediación penal en el tratamiento de las infracciones cometidas en ese ámbito?

La percepción de muchos de los operadores jurídicos que tratan la materia diariamente revela serias dudas acerca de lo certero del tratamiento penal de la violencia familiar en general y, especialmente, la violencia de género, en particular¹⁴²; la

¹⁴¹ Todavía en fechas tan cercanas como 1975 la mujer carecía en España de capacidad jurídica plena; accedía a la mayoría de edad más tarde que el hombre y precisaba para la realización de actos jurídicos elementales del concurso de un varón, padre o esposo.

¹⁴² Los números suelen ser incuestionables: 56 mujeres muertas por sus parejas o ex parejas en 2005; 68 en 2006; 71, en 2007; 76, en 2008; el descenso operado en 2009 en estos luctuosos datos que, por lo demás, resituó el número de muertes violentas en niveles semejantes a los del año 2005, parece haber sido un espejismo, atendido el importante repunte en las cifras durante 2010. Fuente: “El País”, 5-8-2009, con datos del Ministerio de Igualdad e Informe del CGPJ sobre víctimas mortales violencia doméstica y de género en el ámbito de la pareja y ex pareja en los años 2008 y 2009.

resistencia de las mujeres víctimas de la violencia a colaborar con el sistema penal es creciente¹⁴³, y las consecuencias que todo ello genera son, a menudo, perversas¹⁴⁴. Todo apunta a que la respuesta penal está siendo excesiva en los medios e insatisfactoria en los resultados, que éstos determinan la revisión de aquéllos, e imponen el replanteamiento del alcance y los límites del derecho penal -en su versión más punitiva- en la eficaz resolución de los conflictos, y la necesidad de introducir otros procedimientos que minimicen la violencia institucional generada.

No se pretende realizar, aquí y ahora, un análisis general de todas las cuestiones que se plantean o caben plantearse en torno a una materia tan poliédrica y multifacética como la violencia ejercida en las relaciones familiares, pero sí contribuir modestamente a la consecución de un doble objetivo: por un lado, lanzar una moderada pero firme llamada de la atención a quienes, desde la práctica del derecho, conviven -convivimos- con la realidad de este tipo de violencia; una convocatoria a la reflexión acerca de nuestras actitudes y comportamientos; una invitación a contemplar las respuestas que ofrecemos a diario al problema y a sus protagonistas, víctima y victimario, desde una mirada crítica, que no se complazca vanamente con el actual estado de cosas. Y por otro lado, una propuesta: valorar -sin prejuicios, sin ideas preconcebidas- las ventajas de incorporar a nuestro sistema penal un instrumento de resolución de conflictos ya adoptado exitosamente en numerosas legislaciones foráneas y experimentado con resultados positivos en nuestro proceso penal, que se ha revelado especialmente eficaz en el tratamiento de los conflictos relacionales y familiares: la mediación. Una fórmula cuya implementación, como sabemos, está siendo desde hace años recomendada e impulsada desde las instituciones de la Unión Europea en el marco de la defensa y protección de las víctimas de los delitos que, no obstante, sigue siendo en España un método de intervención en el seno del derecho penal sustantivo y procesal vedado en los casos de violencia de género, e imposibilitado en la práctica en los demás casos de violencia familiar. Un mecanismo, en fin, que se ha revelado útil y eficaz -en los supuestos en que resulta viable-, para tratar de mejorar el nivel y la calidad de respuesta del sistema penal a las infracciones en que el componente humano, relacional, sentimental (por lo demás, casi siempre presente en todos esos conflictos que damos en llamar delitos) constituye su fundamento, y al propio tiempo para prestar la atención debida a la parte más vulnerable, más necesitada de atención, a la víctima, en especial cuando ésta es mujer y padece la violencia, en su más diversos grados y manifestaciones, en su entorno más personal e íntimo.

¹⁴³ Casi el 81% de las víctimas mortales por violencia doméstica en 2008 no había denunciado previamente; del 19% restante, sólo un 8,4% había acudido a los servicios de apoyo y ayuda a la mujer víctima de violencia. En 2009, un 31% de las víctimas mortales de la violencia de género había formulado previamente denuncia contra su pareja o ex pareja, lo que supone un incremento del 11% respecto del año anterior. Con todo, las cifras siguen arrojando un 69% de mujeres víctimas mortales que no habían denunciado ninguna situación anterior de maltrato. Fuente: Informes del C.G.P.J. sobre víctimas mortales por violencia doméstica y de género en el ámbito de la pareja y ex pareja, años 2008 y 2009.

¹⁴⁴ No es irrelevante el apercibimiento que se practica a diario en las salas de vistas penales de incoación de procedimientos penales contra las mujeres víctimas por falso testimonio, obstrucción a la justicia o desobediencia grave a la autoridad judicial como consecuencia de su comportamiento en procesos por violencia doméstica en que intervienen como testigos en su condición de víctimas, ni tampoco resulta insólita -como más adelante se verá- la apertura de procedimientos penales contra las mujeres que desatienden la orden de protección o la pena de alejamiento, en aplicación del art. 468.2 CP (diario "El País", 8-12-2009: "Condenado un matrimonio por romper el alejamiento", en relación con la condena por el Juzgado de lo Penal número 1 de Motril, Granada, a seis y cuatro meses de prisión respectivamente, a una pareja en concepto de autor, él, y cómplice, ella, de un delito de quebrantamiento de condena).

5.5.1.- La violencia intrafamiliar en la estrategia de la generalización del Derecho Penal y el rigorismo punitivo.

El tratamiento penal de la violencia doméstica desde 1989 hasta 2003.

El delito específico de violencia doméstica se introdujo en 1989 en el Código Penal (CP) como consecuencia de su reforma por L.O. 3/1989, configurando un tipo (art. 425) que castigaba la violencia *física* ejercida *habitualmente* contra el cónyuge, con la pena de 1 a 6 meses de privación de libertad. Paralelamente, en el Libro III del CP, el maltrato no habitual se contemplaba como una falta en el art. 582 castigándose con la pena de 1 a 30 días de arresto menor. Hasta aquel momento no existían figuras específicas sancionadoras de la violencia ejercida en el ámbito familiar. La reacción punitiva frente a tales conductas se había de realizar mediante la aplicación de las normas sancionadoras del concreto comportamiento violento. A ello se unía, además, la inexistencia de tipos delictivos que contemplaran los ataques a la integridad moral, cuyas conductas se subsumían en la “elástica” figura de la falta de vejación injusta¹⁴⁵.

El Código de 1995 situó el delito de violencia física habitual en el art. 153 y elevó el abanico de las penas aplicables; el máximo castigo hasta entonces, 6 meses de privación de libertad, pasó a ser el mínimo imponible en una horquilla que alcanzaba su máximo en 3 años de prisión. La falta de maltrato (art. 617.2) se penó con arrestos de fin de semana (de 3 a 6) o multa de 1 a 2 meses.

Esta regulación se mantuvo hasta la L.O. 11/1999 que modificó parcialmente el Código Penal antes de que lo fuera nuevamente –y con un mayor alcance- por la reforma que la siguió por medio de la L.O. 14/1999, que vino a introducir para determinados delitos de este ámbito como pena accesoria la prohibición de aproximación a la víctima e incorporó al tipo del art. 153 como forma de violencia punible la violencia *psíquica*.

A la denunciada desde múltiples foros –especialmente, colectivos feministas- ausencia de eficacia de las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 1999, se unió desde los primeros años de la década de 2000 un intenso ambiente social de alarma (en el que tuvieron y siguen teniendo un papel protagonista y dirigente los medios de comunicación) que desembocó en la consiguiente presión sobre los poderes públicos para la adopción de medidas de intervención más severas y contundentes frente al fenómeno de la violencia sobre la mujer ejercida en el ámbito familiar y más en concreto, por el varón, esposo o compañero de aquélla.

Todo ello se vino a producir, además, en un marco más general que situaba todas las reformas legislativas en sede criminal, que exacerbaba la tendencia a la generalización del derecho penal, a su utilización más extensa y más severa ante los

¹⁴⁵ Para un examen más detallado de la evolución del tratamiento penal de los delitos de violencia intrafamiliar ver la ponencia “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, de Eduardo Ramón Ribas en la obra colectiva “La respuesta penal a la violencia de género”, Comares, 2010.

fenómenos sociales que mediática y/o políticamente se reputaran de tratamiento grave o urgente, sin atender a los eventuales efectos limitadores o negativos que sobre el sistema de garantías y derechos fundamentales caracterizadores del Estado de Derecho y del derecho penal democrático tal intervención podría causar.

De este modo se llegó al año 2003, que nos deparó la publicación, en menos de dos meses, de tres reformas consecutivas que afectaron sustancialmente a la normativa penal, sustantiva y procesal, y de manera particular a la regulación de la violencia de género. Así, como consecuencia de la L.O.11/2003, las conductas consideradas en el CP como faltas de lesiones (malos tratos de obra que sanan por el mero transcurso del tiempo o lesiones que requieren una primera asistencia facultativa) cuando se cometen en el ámbito doméstico, pasaron a considerarse delitos. El tipo del art. 173 CP fue ubicado en un Título distinto al de las lesiones y –contra la mayoría de las opiniones doctrinales, que preferían situarlo entre los delitos contra las relaciones familiares- se incorporó a los delitos contra la integridad moral. La reforma resultante de la L.O. 15/2003, publicada menos de un mes después, pareció cerrar el círculo del rigorismo penal en la materia y, en lo que aquí interesa, incorporó en el art. 57.2 CP, en un solo inciso y entre comas, la expresión “en todo caso”, realizando con ello una de las modificaciones más relevantes en torno a la aplicación de la pena de prohibición de aproximación, a la que luego nos referiremos más en detalle¹⁴⁶.

Así estaban las cosas en el terreno del derecho positivo cuando tras el triunfo electoral del PSOE en la elecciones generales de marzo de 2004, y con el consenso y apoyo de todos los grupos políticos de las cámaras, fue aprobada la L.O. 1/2004, caracterizada, en el concreto ámbito de la normativa penal, por seguir la estela del endurecimiento general del sistema de penas iniciado los años anteriores¹⁴⁷; por la exigencia de denuncia previa para acceder a cualquier prestación de las contempladas en la Ley a favor de las víctimas de violencia de género y por el veto a la mediación, y que vino a culminar el tránsito de una regulación específica para la violencia intrafamiliar iniciada en 1989 a una normativa integral y transversal que en sede penal pretendía abarcar todos los comportamientos antijurídicos de la vida doméstica de los ciudadanos, y giraba en torno a una categoría especial de víctima en el ámbito de las relaciones familiares, la mujer que fuera o hubiera sido esposa o compañera del infractor¹⁴⁸, sobre la base de una justificación hasta entonces inédita, la lucha contra la desigualdad y la discriminación por razón de sexo.

¹⁴⁶ La inmediatamente anterior L.O. 13/2003 ya había incidido en la adopción de las medidas cautelares de carácter personal al modificar la regulación de la prisión provisional permitiendo que para los delitos de violencia doméstica pudiera acordarse incluso si la pena prevista para la concreta infracción penal resultaba inferior a dos años de prisión.

¹⁴⁷ Que, sin embargo, no afectó a los delitos más graves: maltrato habitual, contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio, violentando con ello el principio de proporcionalidad en una suerte de “desprotección inversa” que, no obstante, carece, en principio, de “relevancia constitucional”, según declaró el T.C. en la sentencia 59/2008. Vid. “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, María Acale, op.cit. “La respuesta penal...”. Comares. 2010.

¹⁴⁸ La expresión añadida en el art. 1.1. de la L.O. 1/2004 “persona especialmente vulnerable” parece el resultado de una enmienda introducida a instancias del PP en aras posiblemente de obtener el consenso que permitiera –como se deseaba y como así fue- la aprobación de la Ley Orgánica por unanimidad. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, año 2004. VIII Legislatura, número 39, Sesión Plenaria número 35, de 7 de octubre de 2004, p. 1722.

La violencia de género y la respuesta legislativa integral: la L.O. 1/2004.

La todavía insuficiente implantación de la igualdad de géneros en nuestra sociedad sigue siendo una lacerante realidad que se viene combatiendo con medios diversos (entre ellos los jurídicos, desde los diversos órdenes jurisdiccionales) y con desigual fortuna. No cabe duda de que la actuación de los poderes públicos en esta tarea es necesaria, así como la utilización de todos los mecanismos de que puedan valerse para su consecución con respeto de las reglas del juego que impone el estado de derecho, entre ellos el más potente medio de control y guía de las conductas, el derecho, en la manifestación de su mayor intensidad de intervención, el ordenamiento jurídico penal. Pero también es incuestionable que el derecho penal democrático se debe a los principios que le informan y por lo mismo no puede ser reputado *el mecanismo* específicamente adecuado para la consecución de todo tipo de objetivos, por muy necesarios y loables que éstos sean. La historia del derecho presenta numerosos y rotundos fracasos derivados de su uso como medio exclusivo de modificar conductas, en especial cuando por diversos motivos se hallan enraizadas en la sociedad.

Los eventuales resultados negativos para el colectivo femenino derivados de una hiperprotección que se justifica por su pretendida situación de inferioridad saltan a la vista: si se les dota de instrumentos excepcionales que se ponen en marcha y siguen en funcionamiento “sin” y a menudo “contra” la voluntad de las mujeres, se las está instalando –ahora sí- en una categoría de inferioridad efectiva que las inmoviliza y a la postre las perpetúa en ella; los términos se invierten, y los medios se sitúan por encima de los fines a los que sirven. Por otra parte, el maniqueísmo no puede constituir la base del tratamiento del fenómeno de la violencia que se ejerce por el varón sobre su pareja; la condena colectiva al sexo masculino y la paralela sacralización de la mujer-víctima – convertidos ambos en clichés, en estereotipos-, constituye una inexactitud en términos sociológicos sobre la que no habrían en modo alguno de construirse las normas jurídicas y menos aún las de contenido penal.

Todo parece indicar, sin embargo, que desde las sucesivas reformas penales – sustantivas y procesales- de 2003, con el gobierno del partido popular, y de 2004, bajo mandato socialista, esa intervención excesiva, hiperprotectora y maniquea, realizada utilizando al derecho penal como principal –casi único- instrumento para la consecución de objetivos ciertamente necesarios y legítimos, se ha producido, y con ello, el enfoque correcto del problema se ha distorsionado, porque la cuestión no es que haya o no de protegerse a ciertas mujeres frente a determinadas situaciones de violencia generada en su relación de pareja por su esposo o compañero, y cuya existencia y eventual gravedad nadie discute. La cuestión es si la perspectiva unívoca y unificadora es la correcta; si el sistema elegido es el adecuado para su tratamiento en términos de eficacia, y en qué medida su implementación afecta de forma negativa tanto a los principios básicos que informan el derecho penal en un estado de derecho, intervención mínima, igualdad ante la Ley, presunción de inocencia y culpabilidad penal, como al status mismo de la mujer en cuanto sujeto de derechos, con capacidad plena de iure y de facto para su ejercicio libre y autónomo y por ende, para gestionar directa y personalmente (en el propio seno del proceso penal) la crisis de pareja que ocasional o profundamente está en el origen de su conflicto con el maltratador, del maltrato mismo y por lo tanto del delito del que ha sido víctima. Y finalmente, en lo que a este estudio interesa, la cuestión planteada es también determinar si con el veto a la mediación penal en todas las infracciones calificadas como violencia de género, desatendiendo también en todo caso la voluntad

implícita o explícita de las mujeres, se está de veras garantizando un nivel de protección y atención adecuado a las víctimas de este tipo de violencia.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, fue dictada con la finalidad de proporcionar respuestas globales, con un enfoque multidisciplinar y un tratamiento transversal, a la violencia a la que, conforme se expresa en su propio título y se describe en su art. 1, se quiere combatir: la ejercida por el varón sobre la mujer que es o que fue su pareja.

Se dice de esta Ley por quienes la contemplan críticamente que es “el último eslabón” de una “cadena de modificaciones previas del Código Penal”¹⁴⁹ propiciadas por los medios de comunicación y apoyadas por colectivos feministas travestidos ambos en grupos de presión que han trabajado eficazmente por el endurecimiento de las sanciones penales y la transformación en delictivas de conductas previamente impunes o catalogadas como faltas.

La observación crítica de la Ley permite, además, otros comentarios.

La L.O. 1/2004 es, como su nombre indica, “*integral*”. No sólo contiene normas penales. Más de la mitad de su articulado contempla medidas de intervención a favor de la igualdad y el respeto a la dignidad y la libertad de todos los seres humanos de carácter educativo, en la actividad publicitaria, en el campo sanitario y en el social, tanto en su vertiente laboral como de apoyo económico. En todos los ámbitos mencionados se prevén políticas de prevención de conflictos, de fomento de su resolución pacífica, de promoción del uso de herramientas que faciliten el diálogo y posibiliten una cultura de la paz (entre otros, arts. 4, 7, 19, en relación con el art. 2 a); Disposiciones Adicionales 3^a, 4^a y 5^a de la Ley). En tal contexto, el Título V, “la Tutela Judicial”, desvela un tono y una perspectiva que diverge profundamente de los demás preceptos de la Ley. Basta leer con un mínimo detenimiento los arts. 43 a 72 para apreciar un planteamiento desafinado, desajustado respecto del resto de las disposiciones. Por un lado el legislador lanza un mensaje de confianza en las medidas de prevención y tratamiento de la violencia de género que pasan por la sensibilización e intervención en los variados ámbitos señalados, pero tal confianza parece dirigida al futuro; parece que en tiempo presente en lo único en que confía el legislador es que la modificación de la naturaleza jurídica de los tipos y de la pena a aplicar sirvan de freno para la comisión de la primera agresión, que se reputa siempre antesala de otras posteriores y de una mayor gravedad en una escalada que en ciertos supuestos finalizaría en el homicidio. De ahí la normativa penal incrustada en la Ley Integral, y de ahí que su irrupción en la Ley Orgánica resulte tan rotunda y letal, marginando las previsiones que la propia Ley contempla en los otros ámbitos de actuación que regula, llegando incluso a fagocitarlas.

En tal dinámica expansiva, y mediante una formulación lapidaria y seca, emerge la prohibición de la mediación introducida en el número 5 del art. 87 ter de la LOPJ, por el art. 44 de la Ley integral que desconcierta porque implica la negativa absoluta, la indiscriminada “veda” (por utilizar el áspero término empleado por el legislador) al uso de un instrumento de reconocida eficacia para la consecución de los propósitos tan profusamente expresados en el resto de su articulado. Tal parece que se nos quisiera trasladar la idea de que el diálogo, el consenso, la cultura de la paz valen en tanto en

¹⁴⁹ Enrique Gimbernat, prólogo a la décima edición del Código Penal. Ed. Tecnos.

cuanto no exista conflicto, porque desde que éste se declara y desemboca en violencia (del tipo e intensidad del más amplio espectro, el que la propia Ley describe), se descarta cualquier posibilidad de resolución pacífica; a partir de entonces los loables propósitos transversales e integrales de la Ley se reducen a una declaración de principios puramente retórica porque sólo valdrá el recurso al derecho penal en su versión más punitiva para restablecer, eso sí, a su modo, con su particular lógica, la armonía quebrada¹⁵⁰.

Los derechos de las mujeres víctimas y su capacidad de decisión y autodeterminación: la pena de alejamiento y el delito de quebrantamiento de condena.

Con carácter previo conviene contemplar dos cuestiones que laten en el fondo de la materia objeto de este epígrafe, que sitúan y explican, a nuestro entender, los cambios legislativos, los vaivenes jurisprudenciales y no pocas de las decisiones que se están tomando desde los Juzgados y Tribunales en torno a la violencia ejercida sobre la mujer. Nos referimos, por un lado, al tratamiento procesal que el sistema de justicia penal concede a las víctimas del delito, en general, y a las mujeres víctimas de malos tratos, en particular y, por otro lado, al sacrificio del valor *libertad* en la lucha por la igualdad, y su incidencia en el respeto desde el sistema penal de la voluntad de las mujeres-víctimas de malos tratos. En ambos territorios, la mediación penal funciona a modo de espejo: nos enfrenta a nuestra imagen, para devolvérsela mejorada.

El sistema penal constituye –lo sabemos– uno de los medios de control y coerción de que se sirve el Estado para defender, en última instancia, los valores que en cada momento histórico se consideran dignos de protección, y para garantizar la paz y la seguridad de los ciudadanos. En tal contexto, el individuo, el ciudadano que entra en contacto con el sistema, pierde buena parte de los privilegios derivados de tal status, su singularidad es neutralizada y el mecanismo burocrático que mueve el sistema hace el resto: transforma al presunto infractor en mero objeto del proceso y a la víctima en medio de prueba del hecho mismo y de la culpabilidad de aquél a quien se atribuye. Todo lo que, por exceso o defecto, se desmarque de tal esquema no interesa porque no sirve a los fines del proceso.

Desde el punto de vista de la víctima, la posición que el sistema penal le tiene reservado es muy precaria. Una vez que la maquinaria se pone en funcionamiento, no puede detenerla; pierde el control sobre el proceso y su ulterior desarrollo, lo que en no pocos casos –prácticamente todos si nos referimos a la violencia intrafamiliar– supone la pérdida del control también de su propia vida, en tanto que carece de toda posibilidad de ofrecer o de obtener una solución que tenga en cuenta sus deseos e intereses; ha de estar y pasar por las decisiones tomadas por unos jueces que, tras las togas y sobre los estrados, observan y valoran en la lejanía, desde la distancia social y emocional que les separa de quienes padecen el conflicto, resolviendo al fin sin llegar a conocer cabalmente su situación global -siempre compleja- y sus concretas e individuales necesidades y expectativas.

¹⁵⁰ Como afirma Elena Larrauri, con la terminología empleada por Alberto Bovino, el sistema penal convencional opera sólo con una lógica, la del castigo, y cualquier otro camino alternativo sólo sirve para crear estereotipos negativos para las mujeres. “Criminología crítica y violencia de género”. Trotta, 2007. Alberto Bovino, “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, ponencia incluida en la obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”. Ad-hoc. 2008.

Las víctimas, pues, tienen muy mal acomodo en el sistema. Se diría que cuando no son útiles para los fines del proceso, cuando a su condición de perjudicadas por los hechos no se acompaña la de testigo de cargo directo y hábil, a veces hasta sobran. Se suele partir, además, de un esquema equivocado: no se considera la naturaleza altamente complicada y ambigua de sus sentimientos; como se les supone a todas las mismas necesidades y deseos, se les ofrecen tratamientos estereotipados, respuestas formateadas, fórmulas uniformes y huecas. Las implicaciones personales, sociales y culturales generadas por la infracción que han sufrido, cuando son traducidas al lenguaje penal, se diluyen, y la realidad jurídica construida por los jueces en sus resoluciones a trazos gruesos, descontextualizada, no guarda relación con la verdad que palpita entre quienes se termina imponiendo.

El trato -cuando menos mejorable- que en general se suele dispensar a las víctimas en los Juzgados y Tribunales pueda quizá explicarse precisamente por su debilidad institucional, que les aboca a sucesivas revictimizaciones. Los actos de comunicación con los intervinientes en el proceso y los llamamientos a las comparecencias en las sedes judiciales incluyen apercebimientos durísimos, de muy graves consecuencias si no son atendidos. Y con todo, las víctimas no acuden. La desinformación, las largas esperas en las dependencias judiciales, las dilaciones procesales, los retrasos o las inopinadas suspensiones de las diligencias, enfrentan a las víctimas a problemas a veces más graves, más costosos, que el propio hecho delictivo que han sufrido. Las numerosas exigencias impuestas no son compensadas ni recompensadas: rara vez se dan explicaciones, menos aún se piden disculpas; en poquísimas ocasiones se agradece a las víctimas su disposición, su asistencia, su colaboración.

El segundo de los aspectos a que hacíamos referencia tiene que ver con la consideración de las mujeres-víctimas en tanto que “objetos de regulación jurídica” antes que como sujetos de pleno derecho¹⁵¹, o lo que viene a ser lo mismo, se relaciona con la ausencia del reconocimiento del ejercicio de la libertad por parte de aquellas mujeres a quienes la violencia sufrida ha situado en un status jurídico que implica la disminución, siquiera sea temporal y limitada, de su capacidad de autogobierno. Más allá de la polémica acerca de la eficacia del derecho penal para acabar con la violencia en las relaciones familiares o de pareja, importa decidir si el *poder* conferido a las mujeres cuando recurren a la justicia penal para la tutela de sus derechos compensa el precio que por ello están pagando.

La estructura del sistema penal impone casi con carácter general la presencia de dos sujetos, el activo y el pasivo, el ofensor y la víctima, respectivamente¹⁵². Si nos referimos a las infracciones relacionadas con la violencia ejercida en el ámbito doméstico sobre la mujer, esto implica atribuir a ésta, sin más, porque pasa por ser necesariamente siempre la víctima, la posición pasiva de la relación (frente a la también presumida conducta malvada y naturalmente activa del maltratador). Ocurre, sin embargo, que excluir de la naturaleza femenina su componente activo y violento es más

¹⁵¹ Encarna Bodelón: “Feminismo y Derecho: Mujeres que van más allá de lo jurídico”. Ponencia incluida en la publicación “Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder”. Ed. Anthropos. 2009.

¹⁵² Sin embargo, como hemos visto en el epígrafe 1, se ha detectado en las experiencias y en la práctica protocolizada de la mediación penal, que a menudo los roles son intercambiables; fenómeno particularmente evidente en aquellas infracciones derivadas de conflictos relacionales que dan lugar a denuncias cruzadas, en las que el papel de víctima depende en buena medida de quién denuncie antes.

que un error: equivale poco menos que sustraer a la mujer su condición humana¹⁵³; como es también mucho más que un simple error suponer que por su condición de víctima, porque sea reputada inocente del mal que sufre, resulta merecedora de un crédito indiscutible e ilimitado, se presume que siempre dice toda la verdad y que siempre le asiste toda la razón¹⁵⁴.

Pero es que el status de víctima que formalmente otorga ese poder tan formidable a la mujer, convirtiéndola en sujeto limitado y pasivo, produce un efecto aún más perverso: “ata a la víctima a su victimización”¹⁵⁵: liga ese *poder* a su condición de víctima, su visibilización, su presencia, su protagonismo, están vinculados a su concreta posición en el proceso; los derechos ligados a la victimización no se consolidan, no hay avances reales, definitivos, en la conquista de la igualdad pero se compromete, en cambio, seriamente la conquista de la libertad.

Veamos cómo la presencia latente de los dos factores indicados incide en las decisiones legislativas y judiciales que se adoptan –qué duda cabe– pensando en el bienestar y la seguridad de la mujer-víctima, pero sin reconocerle su capacidad de decisión autónoma, al margen de su voluntad, imponiendo así una lógica que culmina en ocasiones situando a la víctima a proteger en la posición de infractora potencial.

La pena de prohibición de aproximación.

El artículo 57 del Código Penal en su redacción válida hasta el 30 de septiembre de 2004, antes de la entrada en vigor de la L.O. 15/2003, establecía que, para determinados tipos delictivos que incluían conductas de violencia machista, y atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el infractor representa, los Jueces y Tribunales podían acordar la imposición de una o varias de las prohibiciones que se enumeraban en el precepto, que también cabía imponer por la comisión de las faltas contra las personas de los arts. 617 y 620 CP.

¹⁵³ Sin alejarnos más allá del siglo XX, la historia está plagada de reveladores episodios de suma violencia ejercida por mujeres. Desde las SS y las kapos que controlaban a las mujeres deportadas en los campos de exterminio de Auschwitz-Birkenau o Lublin-Maidanek, hasta las guardianas de las cárceles para mujeres republicanas presas durante el franquismo (muchas de ellas, monjas) o los casos, no por nominados excepcionales, de la serbia Biljana Plausic, declarada culpable de la depuración étnica en la reciente guerra de Bosnia, o Lynndie England, la norteamericana que se hizo fotografiar –sonriente– mientras humillaba a un prisionero irakí en Abu-Ghraib. (Vid. “El humo de Birkenau” L. Millu, Acantilado, 2005; “Insurrectas”, R. Vinyes, Temas de hoy, 2010; “El tiempo de las víctimas”, C. Eliacheff y D. Soulez, Akal, 2009. “SOP, Standard Operating Procedure”, E. Morris, Sony Pictures Classics, 2003).

¹⁵⁴ Ya en 1947, Benjamín Mendelsohn, uno de los pioneros de la *victimología*, distinguía entre, al menos, tres tipos de víctimas: 1. las víctimas inocentes; 2. las víctimas que han colaborado en la acción misma: víctima provocadora, por imprudencia, voluntaria y por ignorancia; y 3. víctimas que han desempeñado un papel exclusivo en la acción: víctima agresora, simuladora e imaginaria. Citado por Caroline Eliacheff y Daniel Soulez Laviere, op.cit. “El tiempo de las víctimas”, Akal, 2009. La clasificación mereció años más tarde serias críticas por parte de la llamada *nueva victimología*, al estimarla realizada sobre la base de la culpabilidad de la víctima en la producción del daño, y con el tiempo derivaría en la formulación de la doctrina del derecho de la víctima al castigo del delincuente y a la reclamación para éste, en consecuencia, de penas más severas. Citado por Elena Larrauri, “Victimología”, ponencia integrada en la obra colectiva citada “De los delitos...”.

¹⁵⁵ Expresión feliz por lo que tiene de visual y descriptiva, de Jacobs y Potter, citada por Elena Larrauri en “Criminología Crítica y Violencia de Género”, Trotta, 2007.

La modificación incorporada en la L.O. 15/2003 afectó en esencia a la prohibición de aproximación a la víctima en los términos en que esta pena quedó redactada también tras su reforma por virtud de la misma ley orgánica, que –para las condenas por delitos de violencia doméstica- pasó de ser potestativa en función de las circunstancias del hecho y la peligrosidad del autor apreciadas judicialmente a partir del delito cometido, a tener que acordarse “*en todo caso*”, como pena accesoria por remisión directa del art. 48.2 CP, cualquiera fuera el grado o nivel de violencia ejercido y las características personales del acusado y, lo que parece aún más sobresaliente atendida la naturaleza de esta pena (tan cercana a la medida de seguridad), *sin* contar con la víctima, a cuyas necesidades e intereses pretende proveer, y –más aún-, en ocasiones, incluso *contra* su voluntad.

Según explicaba la magistrada y presidenta del Observatorio de Violencia de Género del CGPJ, Inmaculada Montalbán, como las órdenes de alejamiento se introdujeron en 1999, cuatro años después, en 2003, “los jueces *no estaban acostumbrados* a imponerla y la usaban poco”¹⁵⁶; lo que, al margen de otras consideraciones, avala la tesis sostenida por numerosos juristas que contemplan las penas de obligada imposición establecidas por el legislador como muestra de una fuerte desconfianza hacia los jueces. Y por si esta desconfianza fuera poco, a ella hay que unir la dirigida hacia las mujeres por parte de entidades u organismos que velan por la protección y defensa de sus intereses. Así, Consuelo Abril manifestaba, según se reseñaba en el artículo de prensa recién mencionado, que “la mujer maltratada *no tiene capacidad* para saber si está en riesgo... está dentro del ciclo de violencia y no percibe el riesgo que corre”.

Cuesta pensar, sin embargo, que en todos los procedimientos en que la mujer víctima de malos tratos inferidos en el ámbito doméstico manifiesta en el acto del juicio que no desea que se dicte ninguna pena de alejamiento respecto de su agresor –calculados en torno al 35%- o las que comparecen en algún momento de la ejecutoria interesando el levantamiento de la pena impuesta –alrededor del 50%-,¹⁵⁷ se hallen enajenadas o privadas de la capacidad de detectar el eventual peligro en que están situadas. Por otra parte, las opiniones de expertos permiten afirmar que no en todos los sucesos traumáticos derivados del ejercicio de la violencia (sobre todo si ésta es instrumental y ocasional) las víctimas requieren de tratamiento; que suele precisarse con más intensidad en personas con determinadas características personales o sociales (con antecedentes psicopatológicos, con hijos pequeños a cargo, que quedan en condiciones económicas precarias, etc.), y que su tratamiento más eficaz requiere de determinadas terapias de contenido psicológico que pasan por la expresión de las emociones y la escucha activa en un marco de confidencialidad y neutralidad. En suma, que la violencia ejercida en el ámbito doméstico si deja traumas, no determina inexorablemente el desarrollo de síndromes que, además, de producirse, tampoco generan efectos permanentes e inalterables porque existen terapias y tratamientos que coadyuvan a su superación¹⁵⁸, para cuyo despliegue es obvio que el proceso penal convencional carece de cauces adecuados.

¹⁵⁶ Diario “El País, de 8-10-2009 “Víctimas protegidas a su pesar”. La cursiva es nuestra.

¹⁵⁷ Díaz Roca, R., “Un paso atrás en la regulación de los malos tratos”. Actualidad jurídica Aranzadi, 7 de Abril de 2005, nº 663.

¹⁵⁸ Sánchez González, A., “La intervención psicosocial contra las víctimas de violencia de género”, en “Violencia de género y sistema de justicia penal”, C. Villacampa (coord.), Tirant lo Blanch. 2008. Echeburúa, E., “Superación del trauma en víctimas de delitos violentos”, en “Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente”, A.García-Pablos (ed.), Comares, 2009.

El delito de quebrantamiento de condena.

Ocurre que como la realidad es tozuda, los casos de incumplimiento de la prohibición de aproximación a la víctima (como los de incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento) con la aquiescencia de la víctima, son frecuentes.

Las respuestas del sistema (situado aquí en una posición aún más comprometida que en los supuestos derivados de la dispensa del art. 416.1 LECr.¹⁵⁹) han tratado en vano de mantener la compostura entre dos alternativas igualmente desequilibrantes: reconocer significado y eficacia a la voluntad expresada por la víctima de no querer ser amparada para dejar sin efecto el cumplimiento de una pena cuyo único sentido es precisamente protegerla, o convertir a la víctima en imputada, en responsable penal, y comprometer el respeto debido a su dignidad y a su derecho de autodeterminación.

La primera de las tesis se formuló en la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, Ponente Sr. Gímenez García. Aunque el supuesto de hecho se refería al quebrantamiento de una medida cautelar, la sentencia menciona indistintamente los términos “pena” y “medida” para equipararlas en sus razonamientos y conclusión no sólo porque están ambas en la literalidad del art. 468 CP, también en la medida en que les afecta la misma especificidad, el mismo “escenario en el que desarrolla(n) su eficacia”. En uno y otro caso, “su efectividad depende –y esto es lo característico- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima en cuya protección se acuerda”. Si la víctima decide voluntariamente reanudar la convivencia y a pesar de ello se defiende “a todo trance” la efectividad de la medida “cabría considerarla coautora por cooperación necesaria al menos por inducción” por lo que la decisión “más prudente” consiste en estimar que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida”, que la decisión de la mujer constata “de forma fehaciente la innecesariedad de protección y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva”.

Lo insólito de esta Sentencia –atendido el momento y el contexto en que se dictó- provocó que menos de dos meses después de su dictado, el 25 de noviembre de 2008, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordara que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”.

Así pues, el criterio defendido por la STS 1156/2005 ha sido abandonado por el Tribunal Supremo en sus posteriores y sucesivas sentencias (por todas, STS 349/2009, de 30 de marzo). Sin embargo, tanto la Sentencia de 26 de septiembre de 2005 como el interesante voto particular que acompañó a la STS 39/2009 emitido por los magistrados

¹⁵⁹ El art. 416 L.E.Cr. previsto para el sumario (art. 707 de la misma Ley para el plenario) habilita a la mujer víctima de violencia doméstica, en cualquier momento del procedimiento, a no declarar, a no colaborar en la investigación y enjuiciamiento contra el agresor, y obliga a las autoridades policiales y judiciales a advertirle de la existencia de tal dispensa. Precepto incómodo o “escollo jurídico” como lo denominó el Fiscal Jefe del T.S.J. de la Comunidad de Madrid en la apertura del año judicial 2009-2010, sobre cuyas consecuencias son reveladoras las cifras que aportó relativas a las sentencias absolutorias dictadas en Madrid-capital en procedimientos por delitos de violencia sobre la mujer en 2008: 69,72%; sus diversas y hasta divergentes interpretaciones y aplicaciones en nuestros Juzgados y Tribunales, han dado lugar a un buen número de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que sin embargo no han logrado todavía establecer una línea jurisprudencial unívoca y pacífica (vid. STS 13/2009, de 20 de enero; STS 31/2009, de 27 de enero; ó 292/09, de 26 de marzo).

Sres. Bacigalupo y Maza, muestran una toma de postura esperanzadora y nos interpelan a todos los que de una u otra forma nos relacionamos desde los Juzgados y Tribunales con la violencia intrafamiliar acerca del trato incompatible con el respeto a la dignidad humana que se esconde tras la presunción de la incapacidad de obrar que acompaña a la mujer cuando se la contempla como víctima de esta clase de violencia.

Por último, hay que mencionar otra consecuencia negativa derivada de la configuración de la pena de prohibición de acercamiento del art. 57.2 CP tras su modificación por la L.O. 15/2003, la especial trascendencia de un efecto posiblemente no buscado, pero conseguido y muy presente: constituir de hecho, y más allá de la genérica prohibición del art. 87 ter de la LOPJ, el mayor obstáculo legal para dar cabida a la mediación penal en los delitos de violencia doméstica. A ello nos referimos a continuación.

La mediación penal a partir de la reforma del art. 57 del Código Penal y el veto de la Ley Orgánica 1/2004.

Sabemos a través de los testimonios de quienes han hecho y hacen mediación en el ámbito del derecho penal de adultos que, en la práctica, las dificultades no vienen dadas por el concreto tipo penal investigado, ni siquiera por la gravedad objetiva o penológica de la conducta del infractor; sabemos también que, aunque en algunos protocolos se hace indicación de determinados tipos penales por ser reputados más apropiados para la mediación, existen otros criterios que resultan más vinculantes para el juez o fiscal que derivan y para el equipo mediador que ha de pronunciarse sobre la viabilidad del concreto asunto derivado: las condiciones subjetivas de los participantes y las concretas circunstancias del caso. Tampoco en la normativa internacional se realizan indicaciones sobre los tipos mediables aunque sí se exige cautela respecto de las víctimas, para evitar revictimizaciones.

El artículo 57 del Código Penal.

Desde este punto de partida, también sabemos de mediaciones realizadas en procesos penales por delitos de violencia doméstica¹⁶⁰. Los estrictos criterios de selección, conjugados con la verificación de la escasa y puntual violencia ejercida, la ausencia de desequilibrios notables de poder entre las partes y de patologías mentales o derivadas del consumo de sustancias estupefacientes así como la constatación de un grado suficiente de capacidad de autodeterminación en la víctima, permiten la derivación y la viabilidad del proceso mediador. Sin embargo, son escasos los supuestos en que iniciado el proceso de mediación, culmina con acuerdo. Y el obstáculo nada tiene que ver con la condición sexual o social de las partes, ni siquiera con la imposibilidad física de encontrarse (resuelta con la mediación indirecta), sino con la medida o la pena de alejamiento acordada o pendiente de imponer, incompatible con el deseo o interés de los partícipes del proceso de mediación en reanudar la convivencia o en establecer reglas o pautas de conducta de futuro.

Signifiquemos que nos estamos refiriendo a las infracciones perpetradas en el ámbito doméstico, no incluidas en el ámbito de aplicación de la LO 1/2004 y para las que, por lo tanto, no está vetada legalmente la mediación. Vuelve a ser la propia ley, en

¹⁶⁰ Ver epígrafe 2 y la actividad de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi.

este caso el Código Penal, que –aun sin prohibirla- se revela como el principal impedimento para la mediación penal en los delitos de violencia doméstica por la naturaleza de pena accesoria indisponible, de obligada imposición y ejecución (salvo el largo, tortuoso e inseguro camino del indulto), que el legislador de 2003 decidió otorgar a la prohibición de aproximación a la víctima insistiendo con ello en remarcar el carácter retribucionista de las penas previstas y por ende dificultando –en detrimento de los intereses de las víctimas- su efectiva reparación¹⁶¹.

Desde su reforma, el redactado del art. 57.2 ha provocado el planteamiento de más de veinte cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC), y una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Las dudas de constitucionalidad planteadas ante el TC afectan al carácter obligatorio de la aplicación de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, prevista en art. 48.2 CP al confrontarlo, por un lado, con los límites formales impuestos constitucionalmente respecto de la actividad del legislador, que exigen el respeto de determinados requerimientos: la interdicción de la arbitrariedad y el respeto al principio de personalidad de las penas y al principio de legalidad penal, y por otro, con los límites materiales establecidos respecto de la libertad personal que afecta tanto al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona como su capacidad de autodeterminación. La declaración de inconstitucionalidad del apartado 2º del art. 57 CP vendría así a evitar eventuales violaciones de preceptos constitucionales y consecuencias gravosas para los destinatarios de la protección que se persigue, sin afectar a la tutela de los derechos de las víctimas al mantenerse indemne el apartado 1º que permite a los Juzgados y Tribunales imponer la pena de prohibición de acercamiento incluso contra la voluntad del ofendido si la gravedad de los hechos o la características personales del infractor así lo aconsejan¹⁶².

En el momento de finalizar el redactado de este documento, el T.C. ha resuelto dos de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. La STC 60/2010 de 7 de octubre de 2010 (BOE 29-10-10) y la STC 79/2010, de 26 de octubre de 2010 (BOE 18-11-10), fundamentada en aquélla, han venido a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas y el Juzgado de lo Penal número 1 de Huesca, respectivamente, frente a las dudas suscitadas en torno a la conformidad del art. 57.2 CP con los principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, la prohibición de indefensión y el derecho a la intimidad familiar y las libertades de circulación y residencia, estimando la validez constitucional de dicho precepto.

En una resolución de 25 folios y 22 fundamentos jurídicos, el TC, ya desde el FJ3 de la STC 60/2010, proporciona la clave que permite descifrar el auténtico sentido del fallo y de las premisas que determinan los motivos que lo fundamentan: la especial cautela que guía el pronunciamiento del Tribunal al considerar que lo que la cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 57.2 CP plantea a la postre no es sino “el problema relativo a los presupuestos de constitucionalidad de las leyes penales”, una materia en la

¹⁶¹ Sobre la integración de la reparación entre los fines del derecho penal, vid. Op.cit. “De los delitos...”, y en concreto, “La víctima y el sistema penal”, Julio B.J. Maier, pág. 209.

¹⁶² Seguimos en esta concreta formulación los argumentos contenidos en la cuestión de inconstitucionalidad 4976/2005 planteada por el magistrado del Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, Ramón Sáez, en junio del año 2005.

que el legislador democrático en su responsabilidad de plasmar normativamente los criterios de política criminal y de configurar los tipos penales goza de un “amplio margen de libertad”, de forma que una actitud excesiva o inmoderada del TC podría resultar invasiva de las competencias legislativas atribuidas en los estados de derecho con carácter exclusivo y excluyente al segundo poder. La advertencia previa -que coincide con la que concluye sus razonamientos en el último FJ, cerrándose así el círculo discursivo, “no le es dado al TC ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y faltas que corresponde al legislador democrático”-, es sin duda cauta pero comprometida; llevada sus últimas consecuencias -y éste pudiera ser el caso- implicaría una traba, un obstáculo insalvable en la tarea interpretativa que constituye el núcleo de la actividad del TC (art. 1.1 LOTC), la que determina su carácter y naturaleza, la que explica su presencia y especial relevancia institucional, como pieza esencial en los -sin duda, delicados- mecanismos de control de los poderes públicos, en la interdicción de la arbitrariedad¹⁶³.

Sin perjuicio de lo que pueda decidirse en las cuestiones de inconstitucionalidad que restan por resolver, las sentencias hasta ahora dictadas por el TC no han añadido sino mayor zozobra y desconcierto en torno a las consecuencias de la aplicación *automática* de un precepto penal que en la realidad judicial cotidiana y en la vida y

¹⁶³ Es a partir de Locke cuando “arbitrario” comienza a considerarse equivalente a despótico, a manifestación del poder absoluto; su prohibición -su contrario- certificaba la democracia, las libertades: uno de los objetivos a conseguir en un estado de derecho, de acuerdo con las teorías de los ilustrados y los filósofos liberales del siglo XVIII, era la de hacer visible al poder, “iluminarlo” frente a los ojos del pueblo, del ciudadano común, que dejara de ser un misterio al que solo tenían acceso en el mejor de los casos los eruditos y cultivados. De este modo se concretó en el proyecto ilustrado la racionalización del poder público y los mecanismos de su ejercicio, y publicidad y racionalidad han venido permaneciendo indisolublemente unidas desde los albores mismos del estado moderno y democrático. En la actualidad, partiendo de las categorías del derecho administrativo, arbitrariedad es entendida como acto injusto o inmotivado, como acto contrario a derecho. El propio TC ha precisado su sentido: “arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad” (STC 325/1994, de 12 de diciembre). Es cierto que, como ya se indicara en la STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10), “el juicio de la arbitrariedad suele remitirse a la actuación del ejecutivo; más concretamente, a la actuación de la Administración Pública. En este sentido, “arbitrario” equivale a no adecuado a la legalidad (...). Pero la Constitución se refiere a todos los poderes públicos, y al hacerlo así, introduce (...) un arma revisora en manos de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional” que afecta al poder legislativo en su sometimiento al ordenamiento constitucional, no para negarle libertad de actuar sino para proscribir la arbitrariedad en el objetivo general de desterrar las inmunidades del poder. En esa misma línea, la STC 108/1986 (FJ 18), confirmaba que “también el poder legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal velar por que se mantenga esa situación, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular...”. Desde la precaución con que el TC ha de aplicar preceptos generales e indeterminados como el de la interdicción de la arbitrariedad, el propio Tribunal ha establecido el criterio a partir del cual es posible contrastar la presencia de arbitrariedad en la actividad del legislador: no siendo “pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias” sí resulta imprescindible una “*explicación racional*”, cuya carencia “entraña siempre una arbitrariedad” (STC 108/1986, FJ 18, la cursiva es nuestra). Como se argumenta en la ya mencionada cuestión de inconstitucionalidad 4976/2005, no existe referencia alguna en la exposición de motivos de la LO 15/2003 que explique la transformación del carácter potestativo de la pena en obligatorio para los supuestos en que la víctima tenga una cierta relación familiar con el condenado, ni cabe inferirla atendiendo a las funciones de la pena; así pues, “desde esta perspectiva, la reforma legislativa es caprichosa e inconsecuente” porque no cabe “restringir la libertad de la víctima sin definir fines de protección” que lo justifiquen. Con la decisión del TC de no avanzar un escalón más en su tarea “revisora” de la actividad del poder legislativo por evitar invadir sus competencias, se podría estar desguarneciendo un flanco constitucional de enorme relevancia, el de la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, un valor jurídico consustancial e inequívoco del estado de derecho.

relaciones familiares de los ciudadanos representa en muchos casos más un problema que una solución¹⁶⁴.

Desde otra perspectiva y empleando diferente estrategia, en septiembre de 2009, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, especializada en delitos de violencia sobre la mujer, cuestionó el ajuste de la normativa interna del Estado español expresada en normas del significado y consecuencias de las del art. 57.2 y el art. 468.2 CP con la legislación europea y en concreto con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de Ministros, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, mediante un auto¹⁶⁵ planteando, conforme al art. 234 del Tratado de la Unión, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al estimar trascendental su resolución para la decisión de un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria dictada por un Juzgado de lo Penal de Tarragona por un delito de quebrantamiento de condena¹⁶⁶. El Tribunal español planteó así sus dudas al Tribunal de Justicia de la Unión: se le inquirió sobre si las decisiones judiciales relativas a las medidas de alejamiento respecto de las mujeres víctimas de violencia familiar, *adoptadas sin margen alguno a la individualización judicial*,¹⁶⁷ sin contar con las víctimas, y *aun en contra de la voluntad de la víctima*, y la exclusión de la mediación penal en tales supuestos, resultan compatibles con el nivel de protección adecuada a la víctima que exige la Decisión Marco citada. En este momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no se ha pronunciado.

La obligatoriedad en su imposición y las dificultades en su ejecución convierten la pena de prohibición de acercamiento para los intervinientes en el procedimiento penal en un mecanismo tan pernicioso como inevitable, y para las víctimas en un castigo innecesario que despliega sus efectos tanto respecto de los directamente condenados en

¹⁶⁴ Y la tendencia al “automatismo” se consolida. Desde el mes de agosto de 2010, los medios se vienen haciendo eco de la intención gubernamental de estudiar las posibilidades legales para conseguir que los condenados por maltrato sean privados *de forma automática* de la custodia sobre sus hijos menores, siguiendo así las recomendaciones propuestas por la comisión de igualdad del Congreso de los Diputados entre las 50 medidas para *mejorar* la Ley Integral contra la violencia de género (información publicada en los diarios “El País” y “ABC” el 16 de agosto de 2010), lo que hasta el momento se ha traducido en la decisión adoptada en el Consejo de Ministros de 26 de noviembre de 2010 de iniciar los trámites para la reforma del art. 92.7 del Código Civil y conseguir que, de forma *automática*, se prohíba acceder a la custodia individual de los hijos menores a aquellos padres que fueran *acusados* de malos tratos en el ámbito familiar; decisión calificada por el Partido Popular de “triquiñuela” y “argucia” (según el diario El País de 27 de noviembre) no obstante haberse presentado por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso pocas semanas antes, el 20 de octubre de 2010, una proposición de Ley para la modificación del art. 1.1. de la L.O. 1/2004 destinada a incluir en su ámbito de aplicación también a los hijos menores de las mujeres a las que esa ley atiende; del art. 173.2 CP para incorporar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho por tiempo de 1 a 5 años, y del art. 544 ter de la L.E.Cr., para añadir en el punto 7 la adopción de medidas de carácter civil.

¹⁶⁵ Ponente, magistrado Sr. Sánchez Siscart, expresando la opinión unánime del Tribunal.

¹⁶⁶ El apelante, tras haber sido condenado por un juzgado de lo penal de Barcelona por un delito de maltrato en el ámbito familiar, entre otras penas, a la accesoria de prohibición de acercamiento a la víctima, convivía con ella de mutuo acuerdo. La víctima, su compañera desde hacía cuatro años, una mujer de 45 años de edad, licenciada en antropología, master universitario en mediación y dedicada profesionalmente a actividades de atención a la infancia manifestó ante el tribunal de apelación su satisfacción porque el Estado a través del tribunal le permitiera expresarse (lo que no había ocurrido, según dijo, en los procesos anteriores), y se declaró “víctima refleja” de la normativa penal existente en España.

¹⁶⁷ La expresión es literal y la cursiva, suya.

la sentencia como, en ocasiones, respecto del resto del grupo familiar¹⁶⁸. La imposibilidad material de mediación añade un plus de impotencia y dolor. Ya en el epígrafe 2 de este documento se ha hecho referencia al temor expresado por los jueces que hacen mediación penal de defraudar las expectativas de los intervinientes en el proceso de mediación, particularmente en los delitos de violencia doméstica, derivadas de la obligada imposición de la pena de prohibición de aproximación. También los mediadores -especialmente interesados en violencia familiar como paradigma de las infracciones relacionales en las que tan eficaz se revela la mediación- constatan los graves problemas que genera para el buen fin del proceso la prohibición de acercamiento como medida cautelar o pena en ejecución, al hacer imposible negociar pautas de convivencia de futuro.

Así las cosas, el párrafo 2º del art. 57 constituye una norma que –pese al reciente pronunciamiento del TC- sigue siendo discutible y seguirá siendo discutida desde los más diversos sectores porque nada añade a los mecanismos ya arbitrados para la más eficaz defensa y protección de los intereses de las víctimas; porque, por el contrario, su aplicación en el ámbito familiar para el que está establecida genera efectos perversos e indeseables para las propias víctimas y porque, en cambio, obstaculiza la consecución de acuerdos reparatorios o su cumplimiento, comprometiendo al mismo tiempo el ajuste de la normativa interna con la comunitaria.

El veto de la L.O. 1/2004.

El apartado 5 del art. 87 ter de la LOPJ fue introducido por la LO 1/2004 aunque no estaba contemplado en el Proyecto de Ley. La enmienda fue presentada y defendida por el grupo parlamentario CiU¹⁶⁹ con el argumento de que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que, conforme se sostiene en todos los foros internacionales especializados, la mediación es absolutamente inadecuada; como, pese a lo cual, se sigue realizando, es necesario prohibirla. Las dos premisas manejadas no parecen, sin embargo, aceptables: “los foros especializados” –lo hemos visto y expresado también en el epígrafe 1 de este documento- se limitan, en general, a recomendar cautela y prudencia para evitar en las víctimas sucesivas revictimaciones, luego están contemplando su práctica, no su prohibición; y la igualdad constituye un término polisémico, cuya plasmación legal requiere de trazos finos, de sutilezas, de matices; en materia de géneros, además, la igualdad jurídica no debería entenderse sino en términos de “idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, *incluso precisamente por el hecho*, de que los titulares son entre sí diferentes”¹⁷⁰.

Sea como fuere, el veto de la mediación fue introducido por la LO 1/2004 en el último número del art. 87, ter de la LOPJ, norma que regula las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados como órganos especializados dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, por la mencionada Ley Orgánica. Tal ubicación permite sostener que su normativa afecta al conocimiento y fallo de las faltas

¹⁶⁸ Pensemos, por ejemplo, en el juego del art. 57.2 en relación con el 48.2 CP que conlleva la suspensión respecto de los hijos comunes del régimen de visitas, comunicación y estancia acordado en sentencia, en el caso de denuncias cruzadas entre parejas separadas con hijos menores que desembocan en condenas recíprocas.

¹⁶⁹ BOCG, número 2-4-, de 24 de septiembre de 2004. Enmienda 431.

¹⁷⁰ L. Ferrajoli, “Derechos y garantías”, pág. 82. Trotta. 2009. La cursiva es nuestra.

de los Títulos I y II del Libro III CP y de la fase de instrucción de determinados delitos, y por lo tanto la mediación penal no está vedada en la fase de enjuiciamiento, de competencia de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, ni tampoco en la fase de ejecución de sentencia¹⁷¹. Pero incluso admitida esta generosa interpretación de la norma, el ámbito de aplicación del art. 48.2, su obligada imposición en caso de condena conforme al art. 57.2 y las perversas consecuencias derivadas de la aplicación del art. 468.2 CP, siguen pendientes a modo de “espada de Damocles” sobre la práctica de la mediación penal en el ámbito de la violencia de género como lo están respecto de la violencia doméstica.

La “reforma de las reformas”¹⁷² del párrafo 2º del art. 57 CP y del nº 5 del art. 87, ter LOPJ, reivindicada desde numerosos sectores sociales y judiciales, tendrá, no obstante, que esperar. La vigésimo quinta reforma del Código Penal actual, acometida hace escasos meses y aprobada por L.O. 5/2010, no ha contemplado alteración alguna en ninguno de estos preceptos, ni siquiera ha provocado la proposición de enmiendas por parte de la mayoría de los grupos políticos representados en el Congreso y en el Senado, salvada la excepción de los grupos ERC-IU-IVC y BNG que plantearon la eliminación de las penas del art. 39, f), g) y h) del Código Penal a fin de contemplar las prohibiciones como medidas de seguridad aplicables a imputables, por considerar tal catalogación más ajustada a su naturaleza jurídica en tanto que medidas preventivo especiales basadas en la peligrosidad y por lo tanto modulables en su imposición y ejecución; consecuentemente, propusieron también la supresión del art. 48 CP y con ello la modificación en cadena de un buen número de artículos del Código, entre ellos, el art. 57. El grupo ERC-IU-IVC propuso, además, la inclusión en la Ley Orgánica de reforma del Código Penal de dos Disposiciones Adicionales de modificación de los arts. 798 y 965 de la L.E.Cr. para dar cabida en nuestra regulación procesal penal a la mediación en el ámbito de las diligencias urgentes por delito y en las faltas¹⁷³. Pese a que los beneficios de la mediación penal para proteger y respetar los derechos de las víctimas de los delitos resultan cada día menos discutidos y al flagrante incumplimiento de los compromisos que como país miembro de la Unión Europea competen a España en orden a dar cumplimiento a las previsiones de la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión 2001/20/JAI, y aunque han sido precisamente la mejora en el tratamiento y protección de las víctimas del delito y el cumplimiento por el Estado español de sus compromisos internacionales dos de los principales fundamentos de la reciente reforma, el legislador no ha considerado la oportunidad de regular la mediación penal ni siquiera para remover los obstáculos que, en el ámbito en que no resulta prohibida, impiden su eficaz aplicación. La ocasión era inmejorable. La resistencia a realizarlo, incomprensible.

¹⁷¹ Esta interpretación es la sostenida, como sabemos, al menos hasta 2009, por el Departamento de Ejecución Penal de la Consejería de Justicia del gobierno vasco, como hemos visto en el epígrafe 2 de este documento, lo que propició la no exclusión por los Servicios de Mediación Penal de Euskadi de los delitos de violencia sobre la mujer entre las infracciones mediables.

¹⁷² En expresión deliberadamente pleonásmica del magistrado Sr. Díaz Roca en su estudio reseñado al pie de página 152.

¹⁷³ BOCG. IX Legislatura. Serie A. 18 de marzo de 2010. número 52.

5.5.2. Violencia intrafamiliar vs. mediación penal: contraargumentos para una coexistencia posible.

A los argumentos esgrimidos contra la mediación aplicada a los delitos de violencia sobre la mujer en los trabajos y debates parlamentarios que desembocaron en la L.O. 1/2004, a los que ya se ha hecho referencia, cabe adicionar otros que abundando en aquéllos o completándolos, contribuyen a dibujar los contornos del estado de opinión dominante entre quienes observan obstáculos insuperables o riesgos inasumibles en torno a la regulación y práctica de la mediación en el derecho penal de adultos, al menos en lo que a los tipos penales dedicados a la violencia sobre la mujer y en el ámbito doméstico se refiere. Para su exposición y consecutiva oposición argumental se han extractado y ordenado en dos grandes categorías, diferenciadas a los solos efectos expositivos. Las dos son –de hecho- manifestaciones de una misma toma de postura global, contraria a la mediación, esgrimidas genérica y cumulativamente, de manera que no pocas veces se vierten entremezcladas e interrelacionadas.

1. *El desequilibrio de poder es consecuencia consustancial de la violencia ejercida en el ámbito doméstico; la mediación practicada en este contexto llegaría a poner en riesgo la integridad física de la víctima.*

Conforme a la segunda parte de este enunciado¹⁷⁴, el riesgo que comporta la implantación de la mediación para estos tipos delictivos radica en su *imposición*, porque la mujer se vería *compelida* a participar en un proceso de mediación. Ocurre, sin embargo, que tanto desde una perspectiva teórica como desde el momento en que se pone en práctica, si de los requisitos que, integrados, conforman la naturaleza de la mediación destaca alguno éste es el de la *voluntariedad*. Dicho de otra forma, la obligatoriedad, la imposición de esta técnica a alguno de los intervinientes constituye la antítesis de la mediación en cualquiera de sus manifestaciones. La asunción libre, consciente y voluntaria por las partes del proceso mediador constituye la esencia misma del proceso de mediación; de su concurrencia en cada caso concreto se ha de ocupar el mediador, como una de las manifestaciones más claras de sus tareas y responsabilidades en tal proceso.

El riesgo que también se apunta en la obra citada de reiteración del ejercicio de la violencia al propiciarse un encuentro entre víctima y victimario sólo puede sostenerse desde el desconocimiento de las técnicas básicas de la mediación. Una vez descartada por el mediador la presencia de impedimentos subjetivos u objetivos que la hagan inviable, el siguiente paso consiste en determinar la técnica más apropiada atendidas las específicas circunstancias concurrentes, lo que incluye optar, en su caso, por la denominada mediación indirecta, que descarta el encuentro físico entre el ofensor y la

¹⁷⁴ Argumento esgrimido por Patricia Esquinas en “Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género”. Tirant monografías. 2008. Si bien la profesora Esquinas contempla en este texto la mediación penal desde una perspectiva ajena a los resultados y conclusiones derivadas de las experiencias de mediación penal realizadas en nuestro país (sus referentes son los Estados Unidos de Norteamérica, Alemania y Austria, fundamentalmente), y tampoco parece establecer en su discurso una distinción – estimamos- lo suficientemente nítida entre la mediación intraprocésal y la mediación en tanto que técnica genérica o metodología polivalente de resolución de conflictos, sí es preciso reseñar expresamente esta obra en tanto que sintetiza certeramente las principales objeciones que se formulan en contra de la aplicación de la mediación penal reparadora a los delitos de violencia contra la mujer (que por sus características cabe hacer extensibles también a los delitos de violencia doméstica).

víctima de la infracción (y sobre cuya práctica e incidencia en los procesos de mediación penal realizados en España, nos remitimos al epígrafe 1 de este trabajo).

Con todo, las principales objeciones, siguiendo esta línea argumental, son las derivadas de la aseveración, que cita la profesora Esquinas en la obra reseñada, según la cual la mujer, por naturaleza, se expondría en todo caso a ocupar una posición de inferioridad en las negociaciones, que el desequilibrio de poder respecto del hombre que ejercitó la violencia sobre ella resultaría insalvable e imposibilitaría en todo caso la mediación. Tales afirmaciones se basan en los estudios desarrollados por Christa Pelikan a partir de diversos programas de mediación desarrollados en Austria, según los cuales en las mujeres se percibe como algo “inaceptable el tener que enfrentarse de forma autónoma, por cuenta propia a la otra parte”; por ello, resulta recomendable “la protección que brinda un proceso formal ante el juez”¹⁷⁵.

Ciertamente, no se pone en duda que tal eventualidad pueda producirse (ni que pueda resultar tan relevante a partir de las experiencias desarrolladas en Austria); sin embargo, en el modelo de mediación penal reparadora que se practica en nuestros Juzgados y Tribunales, aquellos inusuales casos en que tales circunstancias de desequilibrio –cualquiera sea el tipo delictivo tratado- no han sido detectadas previamente por el juez (o, en su caso, por el fiscal) que decide sobre la derivación del concreto caso a mediación, es el mediador quien, desde la privilegiada posición en que le sitúa su relación con las partes en el proceso, está en condiciones –y en la obligación estatutaria y deontológica- de hacerlo. Por ello no cabe concluir, como hace la profesora Esquivias siguiendo a Grillo, que de tales situaciones se infiera la inidoneidad genérica de la mediación para tratar *todos* los supuestos de violencia de género y menos aún que, apelando a la “especial naturaleza de la mujer”, que la sitúa en el débil y vulnerable papel de sumisa esposa y madre abnegada, en un eventual encuentro con su agresor –por lo demás, concebido erróneamente de nuevo como “obligatorio”- “tendrá todas las de perder”¹⁷⁶.

Cabe recordar a quienes, desde estos planteamientos, alertan del peligro de desniveles destacables en la relación de poder entre ambas partes que induzcan o propicien sobre la más débil –la mujer víctima- el ejercicio de algún género de coerción o represión, que los propios mecanismos y dinámicas de la mediación penal –no olvidemos- “*intraprocesal*”, los conjuran: desde la presencia activa del juez y del fiscal, hasta los momentos de intervención asumidos en el proceso de mediación por el abogado de la víctima, en su caso, y –de forma destacada- la actividad desplegada por los profesionales expertos y sensibles que integran los equipos de mediación. En efecto, tanto al considerar en sede judicial la oportunidad de derivación de un determinado asunto a mediación, como desde que el primer contacto personal de los mediadores con los protagonistas del proceso, la primera actuación a desarrollar consiste en examinar la eventual presencia de desequilibrios de poder y desigualdades entre las partes que impliquen relaciones de subordinación entre ellas. La prudencia y cautela que presiden siempre estas actuaciones se observan si cabe con más intensidad en las mediaciones derivadas de conflictos generados en el seno de relaciones personales o familiares. El riesgo, desde este punto de vista, de existir, es mínimo. Y por lo tanto, parece disparatado llevar la protección debida a la víctima hasta el extremo de impedir siempre y en todo caso cualquier género de relación y contacto siquiera indirecto y por medio de

¹⁷⁵ P.Esquinas, op.cit., pág. 59.

¹⁷⁶ T.Grillo, citada por P.Esquinas, op.cit., págs. 62 y 63.

terceros con el infractor, al transmutar genéricos e hipotéticos riesgos en certezas. No debería olvidarse que la mediación, en general, constituye un método de solución dialogada de conflictos que, situando a los interesados en el centro del proceso, fomenta el refuerzo de sus capacidades y habilidades personales, amplificándolas y extendiéndolas a sus relaciones familiares y sociales. Quizá sería oportuno detenernos a valorar si las decisiones proteccionistas que se adoptan para neutralizar al infractor en realidad no estarán contribuyendo a aislar a la víctima, perpetuando su situación de inferioridad y desvalimiento e impidiendo, en suma, que adquiera o recupere las habilidades de relación indispensables para tomar las riendas de su vida y de su destino.

Una variante del mismo argumento, fundado en la situación de desequilibrio de la mujer-víctima respecto del agresor, la constituyen aquellas posiciones que sostienen que, precisamente por la violencia sufrida, la mujer víctima de violencia quedaría privada o limitada de ejercitar plenamente su capacidad de decisión autónoma y de autogobierno. El recurso a la mediación sería así inviable y la resolución del conflicto sólo cabría bajo el amparo y conforme a las decisiones tomadas por el juez o tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional desde los planteamientos y con las formalidades y presupuestos del procedimiento penal convencional.

Sin perjuicio de ser perfectamente reproducibles aquí los contraargumentos argüidos unas líneas más arriba relacionados con las consecuencias derivadas del escrupuloso respeto y cumplimiento de las reglas y criterios básicos del proceso mediador, sí es preciso observar que tales objeciones son, sin embargo, obviadas si nos situamos ante la resolución del proceso penal mediante las normas del art. 787 L.E.Cr. Pese a su minúscula reglamentación procesal (reducida al precepto citado), el llamado “juicio de conformidad” constituye una práctica consolidada en los Juzgados y Tribunales del orden penal que se aplica con entusiasta convicción por todos los actores institucionales del proceso, jueces, fiscales y abogados tanto si asumen la posición de la defensa como la de la acusación particular¹⁷⁷. Es decir, sin reparos ni remilgos se viene admitiendo, también en el ámbito de la violencia doméstica y de género, que el acusado, previo reconocimiento expreso de su responsabilidad en los hechos que se le imputan, acepte una sentencia condenatoria y el cumplimiento de una pena en los términos previamente pactados con el ministerio fiscal y eventualmente con la acusación particular quienes, en ambos casos, actúan en nombre de la víctima del delito y presuponen su conocimiento y consentimiento. Ahora bien, ni se exige que la víctima sea informada y/o consultada del acuerdo alcanzado, ni tampoco que preste previa, simultánea o posteriormente su consentimiento de forma expresa; menos aún se cuestiona la eventual presencia de circunstancia alguna que le impida hacerlo: se le supone siempre y en todo caso plenamente capaz de aceptar y asumir las partidas y contrapartidas que en su calidad de perjudicada por el delito le puedan afectar a consecuencia de la sentencia condenatoria dictada con la conformidad del acusado.

¹⁷⁷ El Protocolo firmado el 1 de abril de 2009 entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española para “actualizar los medios de solución consensuada del proceso”, pretendidamente “orientado... a aumentar la rapidez y a simplificar los trámites previos para alcanzar una sentencia” se reivindica beneficioso para toda la sociedad y desde luego para la Administración de Justicia, particularmente para los testigos en general que se evitarán citaciones, esperas y molestias innecesarias; para los acusados, que no tendrán que presenciar a la puerta del Juzgado los tratos y negociaciones de su abogado con el fiscal, y para la víctima que será reparada de forma ágil y segura (obsérvese el lamentable estado del proceso penal y de la propia administración de justicia en general que se visualiza, como en el negativo de un fotograma, a través de la lectura de los términos del acuerdo que se transcriben).

Siendo esto así , no parece consecuente sostener al propio tiempo las ventajas y beneficios de “los juicios de conformidad” para el enjuiciamiento de todo tipo de delitos (sin más límites que los estrictamente penológicos) y el indicado argumento que se esgrime en contra de la admisión de la mediación en el proceso penal por delitos de malos tratos en el ámbito doméstico, esto es, que la víctima no está –por su especial situación generada por la violencia padecida- en condiciones de prestar un consentimiento probablemente viciado y por lo tanto, nulo.

2. *La mediación no satisface los fines del proceso penal, ni la prevención general ni la especial.*

Significados sectores de la doctrina alertan del riesgo que, según afirman, la mediación penal comporta, de banalizar las conductas que trata, desnaturalizando la infracción penal al convertirla en un mero conflicto “inter partes”. Aplicado a los tipos relativos a la violencia familiar y especialmente a los de violencia de género, se teme que los indudables logros conseguidos en los últimos años en el territorio del reconocimiento de derechos a las mujeres y particularmente en las sociedades occidentales, en el de la igualdad respecto de los varones, sean mermados o puestos en cuestión al *privatizar* el conflicto reduciéndolo a un simple problema de pareja en el que el Estado no debe intervenir, y a la postre, renunciar al efecto simbólico del derecho penal, no satisfaciéndose, en suma, los fines de *prevención general*. Se argumenta, pues, con la posibilidad de que, por la vía de la mediación, el derecho penal incumpla con uno de sus fines u objetivos: restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico vulnerado por el delito y evitar la repetición futura de infracciones penales. La intervención estatal por medio del derecho penal y de la pena aplicable conforme a sus normas no sería en tal caso lo suficientemente enérgica y contundente como para calmar las expectativas intimidatorias de la sociedad, y obtener resultados inhibitorios en el agresor en potencia.

Como ya se ha tratado tangencialmente en otro de los epígrafes de este documento, el riesgo derivado de circunscribir la aplicación de la mediación penal a los llamados “delitos bagatela” y con ello trivializar penalmente las violaciones de la ley penal, existe. Como también el de, en sentido inverso, banalizar las infracciones que son o pueden ser sometidas a mediación si ésta se concibe como una metodología aplicable en exclusiva a aquéllas que objetiva o penológicamente sean reputadas leves o menos graves. Creemos, no obstante, que esta dificultad es consecuencia de dos errores de planteamiento de distinto significado pero de semejantes efectos: uno lo constituye el análisis incompleto de *la reparación* que constituye el núcleo del acuerdo entre infractor y víctima, al asimilarla a la pena o al concebirla como una fórmula sustitutiva de aquélla sin apreciar que sus efectos sobre la sanción penal impuesta al infractor consisten en atenuar la pena legalmente prevista, y que su especial relevancia en el proceso de mediación se mide no tanto desde la posición del infractor cuanto en los términos y con los parámetros que marca la víctima, a la postre, su principal destinatario y beneficiario; el otro viene dado por el prejuicio generado a partir de considerar que *la gravedad* del hecho la determina su naturaleza jurídica o de la relevancia del bien jurídico que protege la norma, excluyendo del contenido semántico del término el significado subjetivo que le otorga el perjudicado por la infracción, la propia víctima del hecho punible¹⁷⁸. Tales

¹⁷⁸ Conviene recordar algunos reveladores datos que se contienen en el epígrafe 2 de este documento a partir de la experiencia en mediación penal con adultos por parte de jueces, fiscales y mediadores, desde

errores se salvan si enfocamos el procedimiento penal desde la perspectiva restaurativa e incorporamos correctamente a aquél la metodología y objetivos del proceso de mediación.

Por otra parte, con la mediación penal intraprocesal (y el supuesto de infracciones de violencia intrafamiliar ejercida contra la mujer no es una excepción), el ejercicio estatal del “ius puniendi” no se cuestiona, ni la persecución penal se privatiza. El proceso de mediación transcurre y discurre en el seno del procedimiento penal, se entrelaza en sus diversas fases y adiciona sus ventajas, los beneficios que está en condiciones de brindar a las partes, a la sociedad y al propio sistema de justicia formal.

Los temores porque la mediación penal intraprocesal, y por extensión los principios de la justicia restaurativa, contribuyan a deshacer el camino andado en las últimas décadas hacia la visibilización de los conflictos familiares en general y la violencia ejercida en tal entorno sobre la mujer en particular, son por lo tanto infundados. La intervención del derecho penal sustantivo y el desarrollo del proceso penal en todos sus trámites y con todas sus garantías son presupuestos indisponibles e irrenunciables en el tratamiento mediante el proceso de mediación de las conductas penalmente reprochables, incluidas las relacionadas con la violencia doméstica y de género.

Así pues, el contenido reparatorio de los acuerdos no excluye la pena, como el propio proceso de mediación no excluye el procedimiento penal ni, por extensión, el derecho subjetivo de castigar se atribuye a las víctimas, porque pertenece al estado. A través de la mediación se pretende hacer efectivo el legítimo derecho que asiste a las víctimas de constituirse (con el infractor) en protagonista del procedimiento y que sus demandas se estimen dignas de atención preferente por la organización judicial a través de las resoluciones judiciales adoptadas por sus órganos, reafirmando al tiempo la autoridad del estado. Ni la invisibilización de las víctimas de violencia intrafamiliar ni la llamada privatización de la respuesta a este tipo de violencia (tanto en el sentido de su exclusión del debate político, como de la persecución pública), son fenómenos que quepa imputar a la mediación realizada en el seno del procedimiento penal. Por el contrario, tanto su metodología como su naturaleza y fines permiten conjugar de forma equilibrada el ejercicio del “ius puniendi” estatal (y con él, la consecución de los fines de prevención general que en último término lo justifica) con la ampliación de las facultades reconocidas a las víctimas, que no se agotan con la imposición de una pena a su agresor, consiguiéndose que la intervención punitiva del estado tenga por guía la necesidad más que la severidad o el rigorismo ciego¹⁷⁹.

la evolución percibida en su valoración acerca de la eventual viabilidad de la mediación para los delitos graves en general y los delitos de violencia de género y doméstica en particular, hasta las reflexiones – particularmente expresivas de los mediadores- acerca de la necesidad de atender a las necesidades y valoraciones de las víctimas y por lo mismo, no establecer –a priori- ninguna catalogación de delitos que, sobre la base exclusiva de su calificación jurídica y penalidad prevista, los excluya de ser considerados susceptibles de mediación.

¹⁷⁹ “Toda pena que no deriva de la necesidad es tiránica”, escribía Montesquieu, en la misma línea que los demás pensadores ilustrados -de Hobbes a Voltaire, de Beccaria a Filangeri- que tanto contribuyeron a poner en relación la concepción utilitarista y secular de las penas con los principios garantistas del proceso, conjurando con ello de algún modo el peligro –cierto y siempre latente- de que, al fundamentar la pena en la reafirmación del orden jurídico, no se termine generando una nueva forma de retribucionismo.

La mediación penal intraprocesal en clave de *prevención especial* también es objeto de debate. La escasa amenaza que para el maltratador comportarían las consecuencias de su comportamiento en términos de castigo efectivo o pena a cumplir como resultado del proceso de mediación permitirían dudar sobre su eficacia para modificar el comportamiento y la conducta futura del agresor, planteamiento que enlaza con las críticas que, especialmente desde ciertos sectores feministas, se vierte sobre la justicia restaurativa acerca del riesgo de que diluya las causas de opresión a las mujeres y contribuya a su revictimación mediante la instrumentalización de la víctima para que el infractor obtenga mayores beneficios del sistema de penas¹⁸⁰.

El contraargumento a tales planteamientos se deduce del examen del actual estado de cosas en materia de ejecución de las penas impuestas a los infractores en supuestos de violencia doméstica y de género, y las respuestas del ordenamiento jurídico penal y penitenciario a los condenados por tales infracciones.

Es indudable que en el tratamiento penal de la violencia intrafamiliar, el legislador ha apostado por identificar mayor protección con mayor punición y a sobreentender que los intereses de la víctima son absolutamente contrapuestos a los del infractor. Desde tales premisas, la ejecución de las penas impuestas por maltrato y el efecto resocializador que se proclama buscado a través de los programas de reeducación se realizan de espaldas a la víctima y sin contar con la voluntad del penado.

Por su parte, los jueces en sus sentencias tienden a imponer penas privativas de libertad incluso cuando el propio tipo permite arbitrar otras respuestas punitivas como los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC). Bien porque la ejecución de las penas alternativas a la prisión resulta más dificultosa en términos prácticos, bien porque en el fondo este tipo de penas se descartan por su aparente menor impacto punitivo, lo cierto es que el número de presos por violencia doméstica en nuestras prisiones es más elevado del que cabría desear¹⁸¹. Especialmente porque en términos de prevención no parece que la prisión sea la pena más recomendable, y menos aún para ser aplicada a los condenados por delitos de base relacional. Los efectos de la pena de prisión sobre la vida de los penados (y la de sus familias) y su escaso efecto rehabilitador hacen temer por las consecuencias que su –inevitablemente más tarde o más temprano– reincorporación a la sociedad y a la vida familiar tendrá para las víctimas y para los propios maltratadores.

Así las cosas, no parece descabellado indicar como la primera medida a adoptar, en términos de prevención especial, el asegurar que el maltratador *asuma que lo es y su responsabilidad* sobre el dolor que ha causado. La metodología y los fines de la mediación penal parecen, en tales términos, sobradamente ajustados a tales

¹⁸⁰ Muy interesantes las reflexiones sobre este particular tanto de Gema Varona en el informe sobre los servicios de mediación penal de Euskadi, tantas veces reseñado y mencionado, como las de la ponencia de M^a. Jesús Guardiola Lago “La violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación”, en la Revista General del Derecho Penal, número 12, 2009.

¹⁸¹ El diario “El Mundo” en una información publicada el 23 de octubre de 2009 citando fuentes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cifraba entonces en 3.600 el número de presos por delito de violencia doméstica en nuestro país, en una crónica titulada “El delito de violencia machista, tercera causa de ingreso en prisión”.

necesidades¹⁸², y sobre ellos se está construyendo en numerosos países de nuestro entorno políticas de intervención de perspectivas y resultados esperanzadores. Sin embargo, la realidad cotidiana en nuestro país parece marchar en sentido inverso, y no sólo por la imposibilidad o dificultad de practicar la mediación en este concreto ámbito sino por las incomprensiones e impedimentos que surgen cuando se desea desplegar iniciativas que contemplen como horizonte posible de la ejecución penal la resocialización y reeducación del maltratador; así, el rechazo al proyecto de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de que se dio cuenta el pasado año en la prensa escrita resulta más que sintomático: se trataba de una iniciativa de esa Dirección General, que preveía la ejecución de la pena de TBC mediante la asistencia de más de 19.000 maltratadores convictos a talleres de sensibilización en contacto con mujeres que habían sido víctimas de violencia de género. Miguel A. Vicente, en su calidad de Subdirector de Coordinación Territorial de Instituciones Penitenciarias la “justificaba” en estos términos: “Hay que educar al maltratador para que *tome conciencia* de la situación y *del daño* que ha hecho a la víctima”. Esa toma de conciencia, seguía afirmando el Sr. Vicente, es el prólogo para que “el maltratador rompa la asimetría de poder entre hombre y mujer que tiene en su cabeza”¹⁸³. Con todo, el frustrado desenlace de esta concreta iniciativa no es el mismo –por fortuna- que el de otras semejantes que, con menos obstáculos (quizá porque se desarrollan sin tanto eco mediático), se vienen realizando en España siguiendo la estela de programas ya consolidados en otros países como los EE.UU., donde en más de quince Estados se dispone incluso de protocolos sobre encuentros víctimas-victimarios¹⁸⁴.

En todo caso, parece claro que tanto en el ámbito penitenciario como en la fase de ejecución en el Juzgado o Tribunal sentenciador, el efecto resocializador en los casos

¹⁸² Así ocurre ya en Francia o Bélgica. Resulta especialmente destacable la reciente iniciativa adoptada en Portugal para favorecer las respuestas en clave restaurativa para los supuestos de violencia doméstica en las fases de suspensión del proceso y posteriores a la condena aprovechando las posibilidades legales de la Ley 21/2007 que regula la mediación en el procedimiento penal portugués. Vid. los dos trabajos referenciados en la nota al pie 37 de las profesoras Varona y Guardiola.

¹⁸³ El discurso de quienes integran lo que Elena Larrauri llama “feminismo oficial” (op.cit.”Criminología crítica...”) parece estar detrás de la filosofía en que se apoyaron las modificaciones legales de los años 2003 y 2004. Su influencia explica la actitud del legislador y el posicionamiento mediático hizo el resto. Su peso es, todavía, evidente: bastó con que el diario “El País” publicara el día 3 de octubre de 2009 (sábado) la noticia acerca de la ejecución de las penas de TBC (en una crónica que incluía las declaraciones entrecomilladas más arriba del Sr. Vicente, con cursivas nuestras) para que 48 horas después, el lunes siguiente, 5 de octubre, la prensa se hiciera eco de la reacción, tal veloz como feroz, de algunos colectivos feministas. Según informaba ABC, “nada más conocer la noticia, una decena de colectivos solicitaron una reunión urgente (sic) con Mercedes Gallizo, a quien “exigirán que retire la idea, proyecto o lo que sea”, según avanzó Ana M^a. Pérez de Campo (presidenta de la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas) en nombre de tal Asociación y de otra decena de grupos feministas, entre ellos varios próximos al PSOE. Pese a la rápida matización llevada a cabo desde la DGIP y el llamamiento al diálogo y al consenso con las Asociaciones, éstas insistieron en que la idea “les repugna” y la única respuesta que están dispuestas a admitir es “no a las terapias; no se puede conceder el mismo tratamiento para quienes causan accidentes de tráfico que para “un maltratador que durante años acosa y cerca a su víctima hasta destrozarla” en palabras de la Sra. Pérez del Campo. Sobre el avance de las políticas públicas punitivistas y la influencia de los medios de comunicación y ciertos sectores sociales constituidos en grupos de presión en la percepción del temor al delincuente entre la ciudadanía, resulta altamente sugerente el trabajo de la profesora Laura Zúñiga, “Política criminal y prevención del delito: el denodado restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo”, en la obra citada “Víctima, prevención del delito...”, Antonio García-Pablos (ed).

¹⁸⁴ Encuentros desplegados y protocolizados también en Canadá y, según afirma la profesora Varona en el estudio tantas veces mencionado, extendidos más tarde a diversos países europeos.

en que los programas y tratamientos siguen voluntariamente es mucho más intenso y eficaz que en aquellos supuestos de sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad en condenas por delitos de violencia doméstica o violencia de género, en aplicación de los arts. 88 y 83 CP, cuando su seguimiento resulta de obligatorio cumplimiento, lo que abona la pertinencia y utilidad de la ejecución de condena consecuencia de un proceso de mediación en que la participación y el compromiso del infractor tienen su fundamento en el acuerdo voluntario y consciente alcanzado con la víctima.

En conclusión, consideramos tan necesario como factible realizar los cambios legislativos que sean precisos para hacer compatible –de derecho- el tratamiento de los delitos de violencia doméstica y de violencia de género con la mediación penal intraprocésal, con un método de intervención que, como estamos viendo, contribuye a situar en equilibrio la protección y defensa de los derechos de las víctimas con el respeto y observancia de los derechos y garantías previstos legalmente para el infractor; que es reconocido y propugnado en los organismos y foros internacionales; que completa eficazmente las deficiencias y carencias del sistema de justicia penal convencional en el tratamiento a la víctima y en su posición frente al infractor y ante el propio sistema de justicia, cuya versatilidad y adaptabilidad están siendo puestas de manifiesto por las propias experiencias derivadas de su implementación, y cuyos evidentes logros permiten superar los prejuicios y reticencias iniciales en quienes lo ponen en práctica y en quienes se benefician de él.

5.6. La mediación penal y sus riesgos.

A lo largo del recorrido que venimos haciendo a través de la mediación penal reparadora -en lo que al contenido de este epígrafe interesa-, se ha pretendido alcanzar un doble objetivo: por un lado, dar a conocer su presencia real, diaria, cotidiana en muchos de nuestros Juzgados y Tribunales y divulgar cómo y en qué medida podemos asentar y controlar su contribución al complemento y mejora del sistema penal convencional y por otro, explicar las bases y fundamentos ideológicos en que se asienta, sus dogmas y principios, sus objetivos y límites.

Hemos contemplado la mediación penal, en positivo, desde sus luces, a partir de sus certezas.

Pues bien, ahora nuestro objetivo consiste en desvelar sus espacios de dudas y de sombras; esas zonas de penumbra que advierten de los peligros que pueden acechar incluso a la más ventajosa y eficiente de las innovaciones cuando desde sus primeros tanteos y sus tímidos inicios se accede a una -por lo demás deseada- implantación generalizada. Porque sólo así, descubriéndolas y mostrándolas estaremos en condiciones de anticipar estrategias de prevención que coadyuven si no a evitar su aparición y presencia puntual sí, al menos, a encajar la eventual repercusión de su carga negativa.

La crisis de legitimidad del sistema de justicia penal convencional en el origen de la Justicia Restaurativa y de la mediación en el derecho penal de adultos.

Por sus propias limitaciones intrínsecas en primer lugar, y por la incidencia de algunos planteamientos de rechazo desde la criminología -como el abolicionismo¹⁸⁵-, o de fenómenos sociológicos de alcance insospechado, justificadores de la irrupción de nuevas disciplinas, como la victimología a partir del resurgir de las víctimas en el escenario público¹⁸⁶, se han puesto en evidencia insuficiencias y carencias significativas en el sistema convencional de justicia criminal, tanto contemplado desde el punto de vista organizativo, como desde el procedimental o el penológico.

En tal contexto ha surgido y se ha ido haciendo un lugar en las decisiones de política criminal y en las iniciativas y propuestas legislativas nacionales e internacionales el ideario de la Justicia Restaurativa, al que progresivamente se viene dotando de reconocimiento y acogida en el derecho positivo, en sus diversas manifestaciones y formas, desde la mediación penal como fórmula dialogada de encuentro en el seno del procedimiento penal entre infractor y víctima que intentan con la ayuda de un mediador alcanzar un acuerdo reparador, hasta las conferencias de familia o comunitarias, con la presencia de familiares, personas de apoyo o representantes de la comunidad que cooperan en la resolución y pacificación de los conflictos en el seno de su colectividad; desde la actividad desarrollada en el núcleo mismo del procedimiento judicial hasta su implementación en experiencias comunitarias ajenas al sistema de justicia. Fórmulas dispares para el despliegue de una doctrina común, con la reparación y la cohesión y la paz sociales, como fines; el diálogo, como método; la voluntariedad, como motor; la flexibilidad, como forma.

Llevado al lenguaje y a las necesidades del procedimiento penal, todo ello se concreta en ofrecer al sistema de justicia convencional -desde la comunicación, la redefinición de los hechos, del daño, de la responsabilidad y de la reparación- la posibilidad de alzarse por encima de sus carencias, de superar sus limitaciones, interviniendo en él desde el simultáneo respeto y observancia de sus reglas.

Si hubiéramos de extractar las limitaciones que están en la base de la crisis del sistema de justicia penal podríamos quizá, maximizando su síntesis, detenernos en tres: la burocratización, y sus consecuencias (lentitud, ineficacia, deshumanización); la neutralización y desaparición de la víctima de la infracción; y el peso excesivo en el catálogo de penas de las privativas de libertad. Desde los postulados de la Justicia Restaurativa se persigue enmendar el sistema convencional, complementarlo, sirviéndose de un método de intervención, la mediación, incorporado al procedimiento penal y apoyándose en un ideario sostenido por la fe en el ser humano, con dos de sus principales atributos como instrumento, la escucha y la palabra.

Pero los propios defectos que la mediación viene a paliar dan la medida de los riesgos que pueden ir asociados a su implementación.

De la burocratización a la institucionalización deshumanizada.

¹⁸⁵ Ya se ha mencionado en numerosas ocasiones la presencia en la base del cuestionamiento del sistema penal convencional de grandes representantes del abolicionismo, y por ende de la génesis del movimiento justicia restaurativa, como Christie o Hulsman.

¹⁸⁶ Ver epígrafe 5.5

La crisis de la justicia penal participa – como no podía ser de otro modo- de la crisis de la Administración de Justicia en general. Cimentada sobre estratos sucesivos que interactúan y se interrelacionan, se alimenta de diversas fuentes, desde su burocratizada gestión y las inercias y vicios de un funcionamiento obsoleto y fracasado hasta la “hiper-judicialización” provocada en gran medida por una mentalidad social cómodamente instalada entre la ciudadanía, acostumbrada desde hace siglos a acudir a la justicia para resolver todo tipo de conflictos¹⁸⁷. En ese marco, casi podría afirmarse que la deficiente normativa que disciplina el discurrir de las tareas en nuestros Juzgados y Tribunales no es sino un elemento añadido al desorden e ineficacia generalizados.

Nuestras infraestructuras judiciales¹⁸⁸ conforman una organización de medios materiales y humanos apoyados en una división del trabajo *burocratizada*, rígidamente *jerarquizada y funcional*; esto es, a sus componentes se atribuyen distintos niveles de capacitación y, por consiguiente, de tareas que desarrollan incomunicados, en compartimentos estancos, de manera que se terminan distanciando del trabajo realizado por el conjunto organizativo al que pertenecen, produciéndose un marcado divorcio “entre la mayor parte de quienes contribuyen al resultado final de la actividad colectiva y el propio resultado” obtenido¹⁸⁹. Lo que implica esa distancia práctica y mental es que la mayor parte de los funcionarios y trabajadores de la Administración de Justicia pueden dar órdenes y cumplirlas sin saber cuáles serán sus efectos finales y sin que tal ignorancia influya en el desarrollo y en el desenlace inmediato de sus tareas. El desapego, la indiferencia, la irresponsabilización, están servidos.

Es cierto que esta específica forma de gestión, la llamada “gestión por jerarquías” se considera desde hace años un modelo fracasado¹⁹⁰ y por ello se estima tan necesaria como urgente la reforma de las estructuras y formas organizativas existentes y la implantación de la nueva oficina judicial, cuya puesta en marcha se está llevando a cabo en el marco general elaborado por el Ministerio de Justicia a través del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia.

Sin embargo, no es seguro que el diseño organizativo de la nueva oficina judicial en ciernes contribuya a disminuir la burocratización y sus consecuencias, ni se conocen con un mínimo nivel de certeza los efectos que su implantación tendrá sobre el servicio público¹⁹¹. Tampoco que sea suficiente la elaboración y puesta en vigor de más normas procesales y orgánicas sin sentar *antes* las bases de un cambio de cultura del

¹⁸⁷ Como certeramente apuntaba Javier Marías en un incisivo artículo de prensa, lo “raro” en España es “que la gente dirima sus diferencias sin recurrir a alguna instancia superior... Nadie está dispuesto a enfrentarse con sus problemas ni a resolverlos por su cuenta, sino que casi todo el mundo espera que *alguien* se los quite de encima”. Marías, J.: “La formación de pusilánimes”. El País Semanal. 4-5-2008.

¹⁸⁸ Lo que a partir de las SSTC 56 y 62/1990 se denominó “la administración de la Administración de Justicia”, el conjunto de los elementos materiales y personales puestos al servicio de la Administración de Justicia, pero sin identificarse con ella.

¹⁸⁹ Bauman, Z.: “Modernidad y Holocausto”, Ed. Sequitur. 2006.

¹⁹⁰ Ver el sintético y, a la vez, denso y brillante trabajo de J.M.Balardi, R.Bendala y M.Carmena, “Claves para la gestión de la nueva oficina judicial”. Ministerio de Justicia y El Derecho editores. 2005.

¹⁹¹ Por los datos que se conocen y a partir del desarrollo de los programas pilotos realizados, el personal al servicio de la Administración de Justicia seguirá organizado jerárquicamente (de manera singular, los Secretaríos Judiciales), y la estructura en horizontal -la de los equipos de trabajo en los Servicios Comunes- servirá para la gestión y tramitación de fases parciales y estancos del procedimiento: la repetición mecánica, monótona y alienante que esto implica nos traslada mentalmente sin gran esfuerzo a las cadenas de montaje fabriles y a la imagen del funcionario travestido en el operario chaplinesco del film “Tiempos Modernos”.

funcionariado y del personal laboral de la Administración de Justicia que genere una prestación del servicio al ciudadano más cercana, más amable, más humana¹⁹².

En este marco, la Justicia penal no se aleja de los mejorables parámetros generales y, sin embargo, por sus especiales características posiblemente sea el orden jurisdiccional que más lo precise.

El trato deficiente a los ciudadanos que contactan con el sistema de justicia a través del proceso penal trasciende el estricto ámbito procedimental o reglamentario para trasladarse también al terreno de los comportamientos y actitudes de los llamados actores institucionales del proceso, y añade un plus de dolor e incompreensión singularmente para las víctimas y los infractores, que se extiende también de manera generalizada en forma de sentimiento de insatisfacción a todas las personas que, sin ostentar ni una ni otra condición, han de atender los llamamientos judiciales y acudir a las oficinas y salas de la justicia penal.

Como sabemos, la mediación es una metodología que se fundamenta en la comunicación, en el diálogo, y por lo tanto en el tratamiento personalizado de los asuntos en que se aplica, desde el respeto y la tolerancia recíprocas. Con los parámetros de la Justicia Restaurativa y en el concreto ámbito penal, implica en todo caso la introducción en el procedimiento de un factor esencial y novedoso, del contacto directo con los justiciables, abocando de manera consecuente, casi natural, a una modificación en las vías y formas de tratar, de interrelacionar, con los usuarios de la justicia. El alto grado de satisfacción de quienes han sido protagonistas de los procesos de mediación es una de las características comunes a todas las experiencias piloto de mediación realizadas, y de su práctica habitual en aquéllos lugares y órganos en que se halla asentada con diversos niveles de institucionalización¹⁹³.

Desde esta perspectiva, el principal riesgo que se vislumbra a partir de la implantación generalizada de la mediación en el procedimiento penal es el de la fagotización del modelo de funcionamiento que despliega a partir de sus técnicas, por los medios y formas de organización y actividad habitualmente instalados en Juzgados y Tribunales. Un riesgo que se incrementa si exigimos de la mediación aplicada a los procedimientos penales unos resultados u objetivos finales que no se corresponden, al menos a corto o medio plazo, con sus genuinas funcionalidades.

Si se concibe la mediación penal como un mecanismo dirigido a agilizar la tramitación de los procedimientos y a aligerar la pendencia de los órganos de la jurisdicción penal, no sólo se estará cometiendo -o mejor, reproduciendo- un error de estrategia planificadora con alcance y resultados históricamente constatados¹⁹⁴, sino que

¹⁹² La mayor parte de las quejas y reivindicaciones de los ciudadanos que acuden a la Administración de Justicia no hace tanto referencia a la calidad de las decisiones que se obtienen, o al tiempo y dinero invertidos, cuanto al (mal) trato recibido de la propia organización de justicia. Según el propio CGPJ, los motivos de las reclamaciones y denuncias relativos al funcionamiento de Juzgados y Tribunales supusieron el 75,3% del total; de ellos, los que se referían a una justicia desatenta, es decir, contraria al derecho a reducir los tiempos de espera, a recibir una atención respetuosa, a un horario suficiente y a unas dependencias adaptadas a la espera y atención correcta, suponían casi la mitad. “La Justicia dato a dato”, año 2009 (fuente: Unidad de Atención al ciudadano). Págs. 94 y 95.

¹⁹³ Ver epígrafe 1, especialmente, apdo. 6 de este documento.

¹⁹⁴ Si históricamente el nacimiento del estado español se suele situar en el reinado de los Reyes Católicos, cabe afirmar que la lentitud y la pendencia desbordada en la Administración de Justicia resulta

se estará contribuyendo al fracaso de la mediación en su vertiente más innovadora y, por lo mismo, más esperanzadora, la que le habilita para, precisamente, procurar la mejora *cualitativa* del sistema de justicia penal.

Olvidar que la mediación representa un cauce por el que introducir en el procedimiento penal la palabra, las emociones, los sentimientos, lo que nos identifica, en fin, como seres humanos, es también olvidar que en la base de la crisis sistémica del proceso penal se halla su profunda deshumanización y su enorme capacidad de generar violencia, insensibilización, incomprensión.

Así mismo, la valoración de la mediación penal, y por ende su mayor o menor estimación, en estrictos términos *cuantitativos* comportaría -además de reproducir, como ya se ha dicho, enormes errores históricos- asimilar su rendimiento al de otras instituciones que actualmente integran -con más presencia que fortuna- el sistema de justicia penal y a la postre, en una lógica perversa, asimilar igualmente sus formas de funcionamiento destruyendo, en fin, la naturaleza peculiar y las enormes cualidades transformadoras de la mediación penal¹⁹⁵.

La introducción de la mediación penal en el procedimiento genera -lo hemos visto en anteriores epígrafes- beneficios efectivos en el funcionamiento de la administración de justicia y provoca manifestaciones inequívocas de satisfacción en los justiciables. Su incorporación al derecho penal positivo vendría sin duda a rellenar un hueco de notable trascendencia y a solventar uno de sus mayores inconvenientes para su generalizada y satisfactoria implantación y realización en nuestros Juzgados y Tribunales. Pero hemos de estar atentos a que su reconocimiento institucional no

consustancial a su propia existencia. Ya desde finales del siglo XV, en Castilla, se había intentado afrontar este fenómeno "situando la justicia bajo el control de la monarquía a través del corregidor y la audiencia, instituciones ambas establecidas para debilitar las jurisdicciones municipales y señoriales... no sometidas al poder real. Felipe II insistió en esa política, pero en la práctica sus funcionarios judiciales carecían de los recursos institucionales y de la formación necesaria para resolver satisfactoriamente *la multitud de casos que se acumulaban en los tribunales, lo que dio como resultado un colapso de la maquinaria de la justicia real*". Lynch, J. y Edward J.: "Historia de España. Volumen 4. Edad Moderna. El auge del imperio". Crítica. 2005. La cursiva es nuestra. Las consecuencias de este proceso adquirieron proporciones dramáticas del siglo XVI al XVIII. La Chancillería real en Valladolid (bajo cuya jurisdicción se hallaban unos cuatro millones de personas), registraba a finales del siglo XVI cerca de 7.000 pleitos al año, mientras en la misma época, en Inglaterra, el Tribunal de la Chancillería contaba unos 500. La sustitución del proceso por fórmulas conciliatorias se intentó por medio de los llamados "conciliadores", cuya tarea consistía en "convenir y concertar a cualesquier personas de cualquier calidad que sean que en tal pueblo tovieron pleitos y diferencias", porque los procesos eran tantos y tan largos que "no se podría dezir; solamente vaste que destruyen las ánimas, y trabajan y enbejecen los cuerpos, y pierden las haciendas". Kagan, R.L.: "Pleitos y pleiteantes en Castilla (1500-1700), Junta de Castilla y León, Valladolid. 1991, Cap. I y II, especialmente págs. 31 y ss. Ya situados en el siglo XIX, el panorama en la Administración de Justicia no parecía haber mejorado. Las diversas normativas e instrucciones que antecedieron a la actividad codificadora estaban puntualmente dirigidas al problema de "querer abreviar los procedimientos y trámites". Vicente y Caravantes, J.: "Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento", 1856, citado por Pedraz Penalva, E., "Crisis y alternativas en la justicia civil", en "Corrupción y Estado de Derecho", Trotta. 1996, págs. 154 y ss. La evolución de los niveles de pleiteo y de pendencia en España se ha mantenido, pues, a rasgos generales constante en sus enormes e inmanejables dimensiones. Las lecciones de la historia debieran tenerse más en cuenta en la toma de decisiones de política legislativa.

¹⁹⁵ Nos estamos refiriendo, obviamente, a los juicios de conformidad y a la tendencia observada incluso entre quienes vienen trabajando con la mediación en el derecho penal de adultos, a confundir o asimilar la mediación penal -en sus modos e incluso en sus fines- con aquella peculiar fórmula de finalización del procedimiento sin fase de enjuiciamiento pero con sentencia condenatoria firme.

implique una instrumentalización inapropiada, ajena a sus auténticos fines y objetivos, ni una asimilación metodológica o formal que desnaturalice y desfigure sus peculiares caracteres. En suma, que la institucionalización de la mediación no la conduzca de camino de vuelta hacia la burocratización y la mecanización deshumanizada de donde se parte¹⁹⁶.

Del desconocimiento de la víctima a la hipertrofia del discurso victimario.

Nuestro sistema de justicia penal, basado en el modelo garantista, concibe el proceso penal como el terreno donde el estado y el infractor dirimen sus diferencias con arreglo a ciertas reglas que en esencia consisten en el reconocimiento, por un lado, del monopolio estatal del derecho de castigar y por otro, de la existencia y respeto de derechos y garantías a favor del infractor que le protegen del ejercicio abusivo del *ius puniendi* estatal. En este contexto, la víctima carece de espacio propio. Más aún, como indica Silva Sánchez, precisamente, “el sistema jurídico penal garantista descansa sobre el dogma de la neutralización de la víctima”¹⁹⁷, constituye parte esencial de su naturaleza, una de sus señas de identidad, el corolario de la evolución histórica sufrida por el derecho penal que ha dejado a la víctima de la infracción reducida a mera abstracción y su reparación, a un objetivo secundario.

Ya han sido tratadas en otros lugares de este documento¹⁹⁸ las claves que permiten desvelar las causas que están en el origen de la irrupción y rápida expansión del discurso victimario en el espacio público en general y, consecuentemente, en el derecho penal.

El reto ha quedado así manifiestamente planteado: es preciso que se dé paso a fórmulas que faciliten la entrada y razonable presencia en el procedimiento penal de quienes no estaban, las víctimas, sin excluir ni desplazar a los que sí tenían y han de seguir teniendo presencia en él, el estado y el infractor.

En este sentido, la mediación proporciona vías adecuadas para permitir la participación institucional de la víctima junto al infractor en el proceso, consiguiendo armonizar ambas posiciones desde la comunicación y el conocimiento recíproco de sus diversos intereses. Al diseñarse el modelo sobre el reconocimiento de los derechos de las víctimas y asegurarse su protección sin que sufra detrimento la tutela de los derechos

¹⁹⁶ No tiene, desde luego, por qué ser así. El ejemplo de que la eficaz institucionalización no desemboca en todo caso en deshumanizada burocratización lo podemos hallar en la implantación y el desarrollo de la mediación penal reparadora en el País Vasco. Nos remitimos a la descripción de su organización y funcionamiento contenidos en el informe sobre el Servicio de Mediación Penal en Euskadi de Gema Varona Martínez, fechado al año 2009, ampliamente reseñado en el epígrafe 1 de este documento. Sobre su adecuación a las estrategias y fórmulas organizativas de la nueva oficina judicial, es interesante contrastar las previsiones y actuaciones concretas ya analizadas antes de su puesta en funcionamiento, mediante la lectura de la publicación “Reformas procesales y la oficina judicial”, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 2007, particularmente la ponencia “La organización de la nueva Oficina Judicial en la Administración de Justicia en el País Vasco. Hacia un modelo cooperativo en la organización, gestión y funcionamiento de la Oficina Judicial” de Inmaculada de Miguel Herrán, págs. 23 y ss.

¹⁹⁷ Silva Sánchez, J.M.: “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho a la víctima al castigo del autor”, en la obra colectiva “Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente”. Comares. 2009. Pág. 36 y ss.

¹⁹⁸ Vid. Epígrafe 5.5

y garantías del infractor, se está -además- combatiendo la asimilación y asentamiento en el sistema, de prácticas apoyadas en ciertas corrientes doctrinales sustentadas en las teorías del *juego de suma cero* o las *políticas de vasos comunicantes*, según las cuales el reconocimiento y ejercicio del derecho de las víctimas comportaría una disminución -en igual proporción- del contenido de los derechos de los infractores.

Las objeciones formuladas a la mediación penal derivadas de la eventual desigualdad de las víctimas respecto de los infractores, particularmente en los delitos de violencia intrafamiliar descargada sobre la mujer, ya han sido mencionadas también en otros epígrafes de este documento¹⁹⁹. Más allá de los argumentos y contraargumentos manejados, tales planteamientos ponen de manifiesto que el desequilibrio entre las partes en conflicto es contemplado siempre desde la consideración de que la víctima -que, por definición, es inocente- ocupa, casi ontológicamente también, la posición más débil, más desprotegida, más vulnerable.

La humana tendencia a compensar ausencias y errores pretéritos, combinada con la indudable presión que los medios de comunicación y una opinión pública infantilizada y maniquea ejercen sobre los poderes públicos (por lo demás, prestos a satisfacer las demandas más disparatadas si son suficientemente ruidosas, sabedores de que hoy todo lo que conduzca a satisfacer a las víctimas es políticamente rentable), provoca la “inflación victimaria”²⁰⁰ y contribuye a atender demandas no pocas veces de contenido populista que abogan -desde la coartada del daño y sufrimiento injustamente padecidos- por el incremento y ampliación del poder punitivo, procedentes de colectivos cuya vinculación real con las víctimas está a menudo por contrastar, así como a situar a las víctimas, reales o no, en el centro de atención del sistema, invadiendo y ocupando espacios que no les son propios sobre todo cuando el escenario utilizado es el campo penal, a todas luces el menos adecuado y no obstante el más afectado quizá por ser el mejor dotado para permitir que la victimización se transforme en “la versión dolorida del privilegio”²⁰¹.

Como indica el profesor Díez Ripollés, lo que se viene produciendo es una inversión de papeles: si durante mucho tiempo los intereses de las víctimas se han situado en un plano subordinado y casi insignificante en relación con los intereses públicos generales, ahora es la víctima la “que guía el debate político-criminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas”, subsumiendo así “dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad”, y modificando el curso de su hasta ahora indudable neutralización al conseguir que los intereses de los directamente afectados por la infracción determinen “las argumentaciones complejas y matizadas de los poderes públicos que pretendan abarcar intereses sociales contrapuestos”²⁰².

Frente a quienes afirman que la reacción crítica ante la desmedida presencia pública de las víctimas -tanto incorporadas como colectivo a movimientos sociales funcionando como grupos de presión o construidas mediáticamente como “víctimas-

¹⁹⁹ Vid. Epígrafe 5.6.

²⁰⁰ Expresión utilizada por C.Eliacheff y D.Soulez Larivière en la obra ya citada en anteriores capítulos, “El Tiempo de las Víctimas”, Akal. 2009. Pág. 211.

²⁰¹ Bruckner, P.: “La tentación de la inocencia”. Anagrama. 1996. Citado por Eliacheff y Soulez, op.cit. Pág.23.

²⁰² Díez Ripollés, J.L.: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. Jueces para la Democracia. Marzo/2004. Pág. 29.

héroes”-, implica un retorno “inesperado” a posiciones anti-victimales cuestionadoras incluso de la existencia misma de la victimología como disciplina científica, hay que advertir -desde las posiciones ideológicas de la Justicia Restaurativa-, que ni se trata de atender en exclusiva a la llamada *victimidad ideal* conforme al retrato-robot que estaría -según se afirma- en la mente del legislador y por lo tanto en el sentido y en el fondo de las reformas penales y hasta de los propios planteamientos restaurativos, ni -menos aún- de actuar en detrimento de las víctimas *no ideales*²⁰³. Por el contrario, desde los parámetros y los principios de la Justicia Restaurativa se pretende promover, sin atajos ni desviaciones, el objetivo de resituarse a la víctima, cualquiera que sean sus caracteres personales o sociales, cualquiera que sea la calificación que al derecho penal le merezca la infracción padecida; de conformar el rol adecuado que le permita ubicarse en el lugar que le corresponde en el sistema de justicia penal, poniéndola a salvo tanto de la revictimización institucional como de también revictimización, pero esta vez derivada del activismo victimal vindicativo y punitivista²⁰⁴.

La potenciación de la intervención activa de la víctima en el procedimiento penal de la mano de la mediación penal debe, pues, seguir siendo uno de sus principios ideológicos rectores en el objetivo de contribuir -sin caer en el activismo victimológico ni comprometer los derechos y garantías del infractor- a la superación de su relegación o menosprecio institucional, por la vía de potenciar su autonomía y presencia en el sistema; otorgándole voz y voto en la búsqueda de fórmulas resolutorias de su conflicto con el infractor; creando las bases que hagan posible, más allá de la reparación material del daño sufrido por medio de la mera indemnización económica, su integral reparación, incluyendo el resarcimiento del daño inmaterial generado por el delito, en términos no vinculados ni dependientes del mayor o menor castigo o sanción penal impuesto al infractor.

De las penas privativas de libertad como paradigma del ejercicio del poder punitivo a la pervisión de las penas alternativas: el efecto “net widening”.

Los extraordinarios índices de encarcelamiento que vienen en los últimos años caracterizando y en buena medida diferenciando el sistema penal y penitenciario español del resto de los países de nuestro entorno guardan relación con las reformas sufridas por un Código Penal ya represivo "ab initio", a partir sobre todo del año 2003, que no han hecho sino consolidar la cultura de carcelaria instalada secularmente en nuestros Juzgados y Tribunales²⁰⁵.

²⁰³ Herrera Moreno, M.; “Sobre víctimas y victimidad”, en la obra colectiva citada “Víctima, prevención del delito...”, págs. 76 y ss.

²⁰⁴ La tendencia a introducir subrepticamente en las sociedades democráticas valores contrarios a los principios informadores del derecho penal y procesal penal en un estado de derecho mediante la promoción de formas de “asociacionismo victimal” o la construcción mediática de la “víctima-héroe” es un fenómeno inquietante porque puede provocar el caos en la legislación penal y obstaculizar la formulación de políticas criminales razonables y sensatas, al tiempo que sacrifica cruelmente el equilibrio emocional de las propias víctimas a las que se impide o interrumpe su proceso de duelo mientras se les manipula, encumbrándolas interesadamente, dando lugar así a una nueva “revictimización bajo la forma de un verdadero *cinismo victimizante*”. Ver Zaffaroni, E.R.: “Delincuencia urbana y victimización de las víctimas”. Rivista di Criminologia-Vittimologia e Sicurezza. Vol. II, Nº 3, Settembre/Diciembre, 2008. La versión en castellano puede hallarse en Internet.

²⁰⁵ Por citar sólo un ejemplo (que explica el adverbio utilizado): cuando las Cortes de Madrid del año 1551 manifestaron al monarca su preocupación por la saturación de pleitos existente en las Audiencias de Valladolid y Granada, le solicitaron que se incrementara el número de sus Salas en las causas criminales

El Código Penal de 1995 introdujo por vez primera en España, en el derecho penal de adultos, las penas alternativas a la prisión, la multa -calculada por el sistema días-multa-, la suspensión con reglas de conducta y especialmente los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC), con la pretensión de introducir respuestas punitivas menos severas y de espíritu más rehabilitador para las infracciones penales de carácter no grave.

Desde muy temprano se observó que la acogida e implantación de las nuevas penas introducidas en el catálogo penológico (especialmente los TBC) iban a encontrar inconvenientes estructurales y mentales que dificultarían su acomodo en las prácticas de los operadores jurídicos encargados de su aplicación²⁰⁶. Inconvenientes que no tenían tanto que ver con las tomas de postura -retribucionistas o utilitaristas- que eventualmente justificaran su rechazo, cuanto con razones más prosaicas y tópicas, desde las dificultades de coordinación entre las diversas administraciones involucradas en su organización y ejecución hasta la escasez de supuestos en que por acusadores o defensores se contemplan las alternativas como penas principales y consecuentemente se acogen por los jueces y magistrados en sus sentencias o se ejecutan posteriormente una vez firmes.

En este sentido parece irrefutable el positivo efecto que la mediación está en condiciones de ejercer para introducir la aplicación normalizada de las penas alternativas a la prisión en los procedimientos penales por delito en que tal posibilidad resulte factible conforme a las normas del CP. Como ya hemos tenido ocasión de comprobar en el epígrafe 1 de este documento, los tipos delictivos que mayoritariamente conforman los asuntos derivados a mediación (delitos menos graves castigados con penas privativas de libertad susceptibles de sustitución por penas alternativas directamente o en aplicación del art. 88 CP); las características personales de los infractores (primarios en su mayoría, ocasionalmente reincidentes, pero no habituales), y la apreciación(a consecuencia de la traslación al concreto supuesto de hecho del esfuerzo reparador realizado por el infractor en el marco del acuerdo consecuente a la mediación) de la atenuante de reparación del daño, dan como resultado la imposición de penas que alternativa o sustitutivamente son susceptibles de permitir que se evite el efectivo ingreso en prisión del condenado.

El relativamente reciente interés y el deseo indisimulado del legislador en los países occidentales por fomentar las sanciones penales alternativas a la prisión exterioriza la crisis institucional e ideológica que afecta desde hace años a la pena de prisión.

La pena de prisión, la *pena reina* del catálogo punitivo en los estados occidentales al menos desde el siglo XVII, emergió a su vez también como pena alternativa del elenco de castigos con que el poder soberano, surgido del nacimiento del

"porque como todas las apelaciones del crimen han de ir a Granada y a Valladolid y no hay más que una Sala del Crimen y los alcaldes conocen de causas civiles, no despachan los presos y *están todas las cárceles llenas*". Por cierto, la respuesta del rey fue tajante: "por ahora no conviene que se haga novedad". De las Heras Santos, J.L.: "La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla". Ediciones Universidad de Salamanca. 1991. Pág. 72. La cursiva es nuestra.

²⁰⁶ Ver Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E (Ed.): "Penas alternativas a la prisión", 1997. Bosch. También de los mismos autores, "Jueces Penales y Penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los Juzgados de lo Penal). Tirant lo Blanc. 2002.

estado-nación en forma de monarquía absoluta a partir de las precarias superestructuras del medievo, reprimía las conductas antijurídicas y se procuraba el control social; una opción que venía a humanizar un sistema punitivo que -incluso en su versión secular- giraba en torno a duras penas corporales: azotes (con vergüenza pública accesoria); trabajos forzados; galeras; desmembraciones y pena capital²⁰⁷. Como bien observa Ferrajoli, "la pena privativa de libertad es una pena característicamente burguesa"²⁰⁸, traída a la centralidad del catálogo de sanciones penales desde el ideario de los ilustrados, no sin antes observar y denunciar las espantosas condiciones que los lugares de reclusión²⁰⁹ representaban para los detenidos y presos, y reivindicar con vehemencia su mejoramiento.

Una alternativa, pues, originariamente humanizadora que en la actual fase o momento histórico se muestra ineficiente para cumplir con las finalidades que le atribuye el ordenamiento y que, además, carece ideológicamente de la legitimidad que se venía procurando mediante el discurso -ya abandonado por incumplido o imposible- derivado de su pretendida función reeducadora y reinsertora. Los vastísimos estudios y tratados a que ha dado lugar el estudio de la pena privativa de libertad en la literatura jurídica desde las más variadas perspectivas, psicológicas, sociológicas, organizativas, han terminado por constatar, en un balance realista, que la pena de prisión, sobre todo en ejecución de penas cortas de privación de libertad, ni corrige ni intimida; por el contrario, como afirma Baratta, "representa generalmente la consolidación definitiva de una carrera criminal"²¹⁰.

Con origen en el positivismo criminológico del siglo XIX, las penas alternativas a la prisión son el reflejo de los cambios y alteraciones de las complejas y variables sociedades postindustriales. La función de disciplinar y controlar socialmente a quienes atacan o dañan los bienes jurídicamente protegidos en el mundo globalizado requiere de otras fórmulas distintas de la reclusión; fórmulas que tienen más que ver con mecanismos llamados despenalizadores como la "probatio" anglosajona o la remisión condicional²¹¹, o sustitutivos de la prisión, como las sanciones alternativas.

²⁰⁷ El carácter marginal de la pena de prisión en el Antiguo Régimen se correspondía con la visión productivista de la Administración de Justicia de la época. En el marco de un sistema punitivo de tales características, encarcelar a los delincuentes suponía un gasto absurdo. Lo que no impedía que -como consecuencia de la ineficacia y lentitud del sistema de justicia ya imperante en aquella época- los lugares de detención en que permanecían los presos, generalmente en espera de juicio o cumpliendo condena por impago de deudas, estuvieran sobreocupados (ver nota al pie número 198).

²⁰⁸ Ferrajoli, L.: "Derecho y razón". Pag. 390. Trotta. 2005.

²⁰⁹ Filangieri las describía de este terrible modo: "Legisladores de Europa... abandonad por un momento vuestros placeres y trasladados a las cárceles donde yacen y se consumen muchos millares de vuestros súbditos por los vicios de vuestras leyes y por la negligencia de vuestros ministros. Tended la vista sobre estos tristes monumentos de las miserias de los hombres y de la crueldad de los que los gobiernan. Acercaos a esas paredes espantosas, donde la libertad del hombre está rodeada de cadenas, y la inocencia confundida con el crimen... Acercaos al espectro que le habita. Haced que una luz permita a vuestros ojos ver la palidez mortal que se muestra en su semblante, las llagas de que está cubierto su cuerpo, los insectos inmundos que le devoran, aquellos andrajos de que está medio cubierto, aquella paja podrida que acaso se sustituyó a una regalada cama...", citado por Ferrajoli, op.cit. pág. 445.

²¹⁰ Baratta, A., "Criminología crítica y crítica del derecho penal". Pág. 175. Siglo Veintiuno editores. 1982.

²¹¹ La vigilancia electrónica como modalidad de ejecución de penas privativas de libertad o como medida aneja a la "probatio" o a la suspensión condicional de la pena de prisión constituye una desasosegante vuelta de tuerca en los medios y formas de ejercer el poder punitivo y de alcanzar el objetivo controlador que le anima. Su ampliación, admitida y practicada en numerosos países de nuestro entorno, a las medidas

No faltan, sin embargo, críticas o al menos interrogantes en torno a la legitimidad y alcance y eventuales efectos de estas fórmulas. Se observa que si su objetivo consiste en evitar el ingreso en prisión por periodos cortos de tiempo y conseguir alguna eficacia reductora en el número de presos, sería necesario "que se establezcan dentro del marco de una decisión político criminal previa: la de no aumentar el número de presos", porque la lógica de los penalistas según la cual aplicar las alternativas reducirá proporcionalmente la aplicación de la pena de prisión, reduciéndose así el número de presos en las cárceles, "esa lógica, es falsa"²¹². Pero se va más lejos. No sólo se afirma que no provocan descensos significativos en el número de ingresos en prisión ni descongestionan la sobreocupación de las cárceles, sino que su aplicación como sustituto a las penas privativas de libertad por infracciones leves se revela incluso como "instrumento de legitimación de la prisión"²¹³, al establecerse para su aplicación más requisitos que, de vulnerarse o no cumplirse, provocan la entrada en prisión y, al reputarse fracasados, revelan que para cierto tipo de delincuencia la única respuesta posible es la cárcel, re-legitimando, pues, la pena de prisión y provocando que las cárceles continúen repletas de condenados y las alternativas "exitosas" se apliquen a sectores delincuenciales (delincuentes primarios o *de cuello blanco*) que aunque hubieran sido condenados a pena de prisión, ésta no habría sido finalmente ejecutada. Así, en palabras de Larrauri, "las alternativas se configuran como alternativas a la puesta en libertad". Por otra parte, se pone igualmente de manifiesto su negativo efecto psicosocial: se sostiene que la presencia normativa de las sanciones alternativas a la prisión provoca una agudización de la inseguridad ciudadana y en consecuencia puede dar lugar a un eventual incremento de la penalidad bien por la vía de aumentar los techos punitivos o por la de incrementar los mínimos para hacerlos inaccesibles a las alternativas.

Con todo, parece que las manifestaciones del llamado "net-widening" que más preocupan a penalistas y criminólogos tienen que ver con el efecto-adición de su utilización indiscriminada. Sentado que las penas alternativas no han sustituido a la pena de cárcel sino que, con el pretexto de constituirse en su eventual correctivo, *se han sumado* a ella, y han terminado creando "espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva"²¹⁴. Es decir, con su aplicación se produce, de hecho, el efecto de extender el control penal fuera de prisión, un control que no se atribuye a instancias institucionales sino que se relega a agencias extra-estatales que actúan desreguladas y para las que el respeto a los derechos y garantías de los condenados responde más -en el mejor de los casos- a mero voluntarismo que a la sujeción y acatamiento debidos a las normas. Un fenómeno sin duda inquietante que, de confirmarse, vendría a hacer realidad la hipótesis de Foucault del "ensanchamiento del mundo carcelario" que convertiría a la larga en su objeto a toda la sociedad en su conjunto, el "Gran Hermano" orwelliano en forma de poder punitivo ilimitado, o como afirmara Baratta "el nuevo panóptico que tiene cada vez menos necesidad de signo visible (los muros) para

cautelares de aseguramiento personal aplicable sobre imputados aún no juzgados ni condenados, se revela aún más alarmante.

²¹² Zaffaroni, R.F.: "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión". 1993. Versión recabada de Internet, <http://www.bibliojuridica.org>

²¹³ Larrauri Pijoán, E.: "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español". *Derecho y Criminología*, número 43. 1991. Págs. 139 y ss.

²¹⁴ Ferrajoli, L.: "Derecho y razón". Pág. 411.

asegurarse el control perfecto y la perfecta gestión de esa zona particular de marginación que es la población criminal²¹⁵.

¿Realidad inminente? ¿Ciencia (jurídica)-ficción?

Lo certero es que la realidad carcelaria sigue siendo en este momento, en este país, tan dura, tan dramática, tan insostenible, que toda fórmula que la transforme en evitable ha de considerarse, en todo caso, positiva. La presencia generalizada en la realidad judicial española de las penas alternativas a la prisión, su aplicación y ejecución efectivas si vienen de la mano de la normalizada y regulada implantación de la mediación en el procedimiento penal, sería -y por partida doble- un acontecimiento a valorar en positivo porque -hoy por hoy- vendría a reforzar su compromiso con el derecho penal democrático asumido como *última ratio*, y a certificar el reconocimiento efectivo del valor *libertad* como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

| |
|---|
| 5.7.- Mediación y Política Criminal. Una metodología para intervenir al tiempo en interés de la víctima y del infractor |
|---|

Uno de los factores que explican la crisis de legitimidad del sistema penal consiste no sólo en su evidente incapacidad para dar respuesta satisfactoria a los requerimientos de la colectividad y de las víctimas ante el fenómeno delictivo sino también en las consecuencias destructivas, tanto física como mentales, que genera en quienes cumplen la pena de prisión -tan instalada en la cultura judicial española-²¹⁶.

A pesar de ello, asistimos desde hace tiempo a una presencia y utilización hipertrofiadas del Derecho penal²¹⁷, no vinculadas ni proporcionadas con los índices de

²¹⁵ Baratta, A.: "Criminología crítica...", o.cit. pág. 198.

²¹⁶ Institución antiquísima con presencia documentada ya en Roma y a lo largo de toda la Edad Media, es a partir del siglo XVI que comienzan a vislumbrarse los actuales contornos de la prisión: concebida como un medio de control social más que como técnica punitiva (el proyecto penal de Tomás Moro desembocó, en la Inglaterra de 1555, en la primera "casa de trabajo" para mendigos y vagabundos), ya en el siglo XVII se aplicaba especialmente como castigo a los deudores insolventes. Las espantosas condiciones de vida de los presos provocaron las airadas denuncias de los ilustrados (ver nota a pie de página número 202) y las primeras campañas humanitarias para su reforma a partir del célebre informe, fechado en 1777, de John Howard sobre el estado de las prisiones en Europa, lo que no impidió que se erigiera en la sanción criminal por excelencia a cuyo alrededor ha girado el sistema sancionador penal de los dos últimos siglos, y que continúe siéndolo hoy día, incluso con la presencia en el catálogo punitivo de penas concebidas para servirle de alternativa, y pese a que -como observa Ferrajoli- ya no parece idónea para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal, ni la prevención de los delitos, ni la prevención de las venganzas privadas. Ferrajoli, L.: "Derecho y Razón", Trotta. 2005, págs. 412 y 444 y ss. Para indagar y conocer más sobre esta materia es recomendable la lectura de los siguientes textos: Valverde Molina, J., "La cárcel y sus consecuencias", Edit. Popular.2004; Ríos Martín, J.C. y Cabrera Cabrera, P.J., "Mil Voces presas", UPCO. 1999, y "Mirando el abismo: el régimen cerrado", UPCO. 2003. Manzanos Bilbao, C., "Cárcel y marginación social", Gankoa, Bilbao, 1997.

²¹⁷ De ello son buena muestra las reformas penales durante los años 2003 y 2004 en España contenidas en las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de 29 de septiembre, de materias concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/95; y 20/2003, de 23 de diciembre, dirigida a castigar la convocatoria ilegal de un referéndum; 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de

criminalidad; que tampoco provoca una sensación de mayor seguridad entre los ciudadanos, ni genera un índice más alto de confianza en la administración de justicia, que suele percibirse como una institución ineficaz entre otras razones, por el trato “benevolente” que otorga²¹⁸ a quienes infringen las normas penales.

La respuesta penal a modo de equilibrada retribución pública frente al mal que constituye el delito se justifica con el pretendido cumplimiento de ciertos fines: reconciliar a la colectividad con la idea de justicia, asegurar la vigencia de sus valores y normas y servir de intimidación al culpable y al resto de potenciales candidatos al delito. La desmesura en tal respuesta, el llamado rigorismo punitivo –más delito, más penas y de mayor duración- se ha convertido en los últimos años en una suerte de extraño talismán capaz de dar respuesta a toda clase de problemas, desde el machismo y las relaciones de dominación en la violencia de género, hasta la desigualdad social y de oportunidades, o la drogodependencia y la precariedad que están detrás de buena parte de la criminalidad urbana. Sin embargo, es evidente que a esta inflación de Derecho penal no le sigue una disminución proporcional de la criminalidad, cuya evolución permanece estable desde hace décadas y obedece a otras lógicas ajenas a la expansión del control penal o el rigorismo punitivo, ni tampoco genera un sentimiento de mayor seguridad subjetiva en los ciudadanos. La función simbólica del derecho penal se ve incrementada desmesuradamente pero no así su eficacia potencial y real en el cumplimiento de sus fines.

No puede dejar de admitirse como positiva la eficacia del sistema penal moderno al permitir el tránsito de la venganza privada al monopolio de la violencia por parte del Estado a través de un sistema articulado de normas que describen comportamientos lesivos y sus consecuencias jurídicas. Es más, cabe hasta afirmar que la ausencia de un sistema penal generaría consecuencias graves; sirvan como ejemplo los actos de

Género. El número de penados en los últimos cinco años, desde la entrada en vigor de estas leyes ha ido aumentando en progresión. Según los datos del CGPJ (“La justicia dato a dato. 2009”), el número de presos en España a diciembre de 2009 asciende ya a más de 76.000. España es el país de Europa con más personas presas y con la tasa de encarcelamiento más alta: 140 por cada 100.000 habitantes. El motivo no reside tanto en los nuevos ingresos como en las dificultades para salir de prisión. No parece aventurado afirmar que éstas son las consecuencias del modelo de “tolerancia cero” importado de los países anglosajones. Los dramáticos cambios en el control de la criminalidad y la justicia penal experimentados en Gran Bretaña y EE.UU. en los últimos 25 años han sido detalladamente descritos por el profesor de derecho y sociología en la Universidad de Nueva York, David Garland, para quien las transformaciones sufridas muestran cómo la organización social de la sociedad moderna han provocado una serie de adaptaciones que han alterado el modo en que los gobiernos y los ciudadanos piensan y actúan en torno al delito. Los indicadores de cambio de tales transformaciones son múltiples y actúan interrelacionándose: el declive del ideal rehabilitador; el retorno del rigorismo punitivo y del discurso retributivo; el regreso de las víctimas al escenario del sistema penal; los cambios en el tono emocional frente al delito; la politización de la justicia y el nuevo populismo; la re-invencción de la prisión como medio de satisfacer el populismo y el ideal retributivo; la transformación del pensamiento criminológico que liga la delincuencia no con déficits sociales sino con ausencia de control social; la expansión de infraestructuras sociales que se autocontrolan y autoprotegen; la introducción en el mercado del control criminal de empresas de seguridad privada; los nuevos estilos y prácticas de gestión y control de los delincuentes basados, como se ha dicho, en la doctrina de la “tolerancia-cero”; etc. (A algunas de ellas se hará referencia más adelante en este epígrafe). Garland, D.: “The culture of control”, Oxford, 2001. Pág. VII del prefacio y 6 y ss. La traducción es nuestra.

²¹⁸ Es un hecho que la vinculación de la eficacia del sistema penal con la cantidad de pena –castigo- como instrumento de solución del conflicto casi siempre será percibido como ineficaz por la ciudadanía. Y lo es, sin duda, para la víctima: su dolor no se calma con la imposición de penas, por elevadas que sean. La vuelta a la calma emocional precisa de un enfoque diferente porque la elaboración del duelo es consecuencia del dialogo, el conocimiento, la comprensión y el perdón.

venganza privada en estados en que la administración de justicia penal no existe o no funciona eficazmente o, incluso en países del nuestro entorno, la organización de vigilancia privada por los propios ciudadanos residentes en zonas donde la delincuencia no se estima controlada, por la escasez o ausencia de efectivos policiales. Se trata de una violencia generada indirectamente por el propio estado no sólo por el abandono de políticas públicas que destinen recursos para la prevención de conductas delictivas en entornos y ámbitos que las propician, extranjería, pobreza, enfermedad mental, marginación, toxicomanías²¹⁹, sino también en ocasiones por la insuficiente inversión en medios policiales, que conduce a encomendar la protección ciudadana a la dudosa gestión privada de las empresas de seguridad²²⁰, que ocupan un sector económico con enormes beneficios²²¹.

El reconocimiento de la función protectora y preventiva del sistema penal no impide reflexionar y contemplarlo desde una mirada crítica, sin la cual se corre el riesgo de amparar o justificar la intransigencia, la violencia personal e institucional y, por ende, el sufrimiento que genera.

La estructura y funcionamiento del sistema de justicia no proporciona las vías adecuadas para atender las necesidades de los protagonistas del proceso penal. La gestión del conflicto entre partes que está en el fondo del fenómeno delictivo es algo más que imponer y ejecutar el castigo, la pena, a quien se declara o es declarado responsable de su comisión. Tampoco la atención que se proporciona a la víctima reúne las exigencias mínimas para ser considerada apropiada. El proceso penal no ofrece cauces para la expresión y satisfacción de sus necesidades. Como señalara Niels Christie, la víctima es una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al estado²²². Queda excluida de la gestión dialogada de su propio conflicto salvo la que permite el proceso penal, que se revela limitada, estigmatizante y escasamente reparadora. En efecto, la víctima, tras cumplir su papel de principal vehículo de información de los órganos de persecución penal pasa a ser tratada como medio de prueba, sólo se le da intervención para la acreditación de los hechos que coadyuven a demostrar la hipótesis de la acusación; los aspectos humanos que la identifican e individualizan, el sufrimiento, el miedo, las expectativas e ilusiones

²¹⁹ Quien haya visitado los patios de distintas prisiones, sabe perfectamente de lo que hablamos. La cárcel es el espacio institucional que recibe el fracaso social: la pobreza, la marginación, la ausencia de educación no violenta e igualitaria, la enfermedad mental, las toxicomanías y las consecuencias de esta sociedad consumista, de gratificación inmediata. Para profundizar en este tema ver: Wacquant, L., “Voces desde el vientre de la bestia americana” (Prólogo), en “el encarcelamiento de América: una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EEUU, editado por Daniel Ed Burton-Rose, Dan Pens y Paul Wright. Barcelona, Virus editorial. Vid. Tb, “Los mitos cultos de la nueva seguridad, en Políticas sociales en Europa. Tolerancia cero” Barcelona, ed. Harcer, 2004.

²²⁰ En un informe elaborado básicamente por policías y guardias civiles para la Fundación Encuentro (CECS 2003) se indica que la evolución de la seguridad privada en nuestro país no guarda relación directa con la evolución de la criminalidad. El incremento del personal de seguridad privada se produce indistintamente tanto cuando aumenta la delincuencia como cuando desciende.

²²¹ Para comprobar las consecuencias de la industria del sistema penal visitar las siguientes páginas web: <http://www.correctionscorp.com/index.html> de la empresa privada que gestiona más cárceles en EEUU aprovechándose económicamente del dolor y el sufrimiento que generan el sistema penal, e introduciéndose en él, dotando de un carácter privado y de lucro a una institución que ha de ser, en todo caso, pública; sorprende la campaña de atracción de inversores y los pingües resultados económicos obtenidos. Ver también <http://www.afscme.org/private/aculinjk3.htm> que contiene una importante variedad de documentos antiprivatización.

²²² Christie, N., “Los conflictos... op.cit., incluida en el libro colectivo, “De los delitos y de las víctimas”. Ad hoc. 2008. Pág. 162.

frustradas, su necesidad de conocer, de comprender, incluso de perdonar, no tienen cabida en el sistema de justicia penal²²³.

De este modo, una vez dado por finalizado el proceso penal, el conflicto generado por la infracción no sólo no se cierra sino que se perpetúa en el tiempo, especialmente si las partes siguen conviviendo o relacionándose, bien porque habitan en lugares próximos, bien porque subsistan lazos o intereses comunes. De tal modo que, en numerosas ocasiones, el sistema penal no cumple con toda la eficacia que sería necesaria y exigible su función social y legal de solventar los conflictos, ni consigue devolver la tranquilidad a los ciudadanos implicados en ellos.

Estas consecuencias son generadas por la dinámica de funcionamiento de la administración de justicia. Se trata de realidades no deseadas pero bien presentes que sin duda influyen de manera negativa en la tarea de administrar justicia y en la percepción que de ella obtiene la ciudadanía. Paradójicamente, el peligro del desencanto colectivo se concreta en el cuestionamiento de la eficacia de las tendencias de política criminal que preconizan como uno de los fines del sistema punitivo, frente a posiciones retribucionistas, la prevención de los delitos mediante el restablecimiento de la cohesión social en torno a la vigencia de la norma, en su reforzamiento mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados. Los fines básicos del derecho penal, tanto en la vertiente de prevención general positiva o negativa, bien en la especial²²⁴, se ven así, en gran medida, cuestionados.

Contemplado críticamente el sistema y detectadas las disfunciones que genera, se hace necesario para la elaboración de una política penal eficaz en la gestión del fenómeno delictivo que a la reflexión dogmática se acompañe la sociológica, que permita reflejar y analizar las tendencias del delito y su tratamiento por las instituciones penales, tomando como punto de partida el abordaje de los efectos que tales disfunciones, generadas por las instituciones y quienes las gestionan, provocan en los protagonistas del delito: la víctima y el infractor. Al respecto, es útil recordar que la formulación de una acusación por parte del Ministerio Fiscal y la redacción de una sentencia condenatoria por el Juez tiene consecuencias; nada es neutro en su valoración, únicamente el papel sobre las que se escriben²²⁵. Algunas de esas consecuencias son positivas, como el mantenimiento del orden social a través de la intervención de las

²²³ El sistema penal le ha expropiado su conflicto “pero no la deja tranquila, fundamentalmente porque la necesita como informante”, en plástica descripción de Julio B.J. Maier, “La víctima y el sistema penal”, *op.cit.* “De los delitos...”. Ad hoc. 2008. Pág. 241.

²²⁴ Desde la primera distinción entre tipos de prevención que se debe a Bentham (“Teoría de las penas y de las recompensas”), la prevención de los delitos como fin o fundamento del derecho penal se clasifica en dos grandes categorías, la “prevención particular o especial”, aplicada al delincuente, y la “prevención general”, que se aplica a todos los individuos de la sociedad sin excepción. El desarrollo doctrinal ha dado como resultado un catálogo de cuatro grupos básicos en que cabe clasificar las finalidades preventivas del derecho penal: 1) la prevención especial positiva, o de la corrección; 2) la prevención especial negativa, o de la neutralización; 3) la prevención general positiva, o de la integración, y 4) la prevención general negativa, o de la intimidación. Vid. Ferrajoli, L., “Derecho y razón”, Trotta. 2005. Págs. 253 y ss.

²²⁵ Cabría lanzar una reflexión dirigida a los operadores jurídicos referida a la necesidad de incorporar a su actividad profesional ciertos criterios éticos entre los que debe incluirse la atención y el cuidado hacia las personas que intervienen en el hecho delictivo. Se trata de interpretar y aplicar las leyes teniendo muy presente las consecuencias que las decisiones legales y su cumplimiento pueden generar emocional, física y socialmente en los ciudadanos. Este criterio ético ha de presidir no sólo la adopción de las medidas y decisiones judiciales sino el tratamiento dado a la víctima y también al infractor en el marco del procedimiento.

instituciones penales o la gestión de violencias interpersonales evitando la venganza privada; pero otras no lo son en absoluto: la causación de sufrimiento, la privación de libertad, la destrucción psíquica y física que los períodos de encarcelamiento generan en quienes los padecen. Sin olvidar los sentimientos de rabia, impotencia, incompreensión, utilización y violencia que permanecen en una buena parte de las víctimas después de intervenir en el proceso penal.

El origen último de estas situaciones no reside ni única ni principalmente en los operadores jurídicos, policías, jueces, fiscales, abogados, funcionarios de prisiones, sino en el legislador y los grupos políticos que gestionan este poder del estado. No son pocas las ocasiones en que la elaboración de las leyes o la modificación de las ya existentes obedece a motivos de mera oportunidad política, generalmente justificados en razones de seguridad, que son ampliamente recogidos y propagados desde los medios de comunicación²²⁶. Así, se modifican las leyes penales, incrementando penas, creando nuevos tipos delictivos sin bases técnicas o sociológicas que las sustenten ni ofrecer razones objetivas que las justifiquen²²⁷, utilizando, en fin, simbólicamente el derecho penal en la creación de una falsa seguridad ciudadana.

En otras ocasiones el poder político se muestra principalmente interesado en calmar a ciertos sectores minoritarios, casi siempre agrupaciones de víctimas o asociaciones que las apoyan y que necesitan relevancia y notoriedad para sobrevivir económica e ideológicamente²²⁸, pero cuya gran trascendencia pública les convierte en protagonistas de espacios televisivos y radiofónicos que tratan el fenómeno delictivo desde claves sesgadas, parciales y tendenciosas, y terminan por generar una importante y desproporcionada alarma social, allí donde no existen más que acontecimientos quizá dramáticos pero en ningún caso extrapolables a otra situación distinta de aquélla en que surgieron y se produjeron.

Probablemente ha llegado el momento de plantearnos si no se ha ido demasiado lejos en la judicialización y la penalización de la vida cotidiana y en la exclusión real de las partes, víctima e infractor, en la resolución del conflicto generado por el delito; y si admitimos que la respuesta es afirmativa, aceptar que también es ya el momento de buscar alternativas.

En tales términos y frente a tales necesidades hay que contemplar hoy la mediación penal, como instrumento de Justicia Restaurativa²²⁹.

²²⁶ Es incuestionable el papel que en la moderna era de la información tienen los medios de comunicación. En perfecto maridaje con los grupos económicos más poderosos, muchos de ellos no se limitan a ofrecer noticias, también crean necesidades, elaboran símbolos y construyen prejuicios a través de mensajes simples pero rotundos fácilmente asimilables por las mayorías desinformadas que los consumen acriticamente.

²²⁷ Para mayor información es muy recomendable la lectura del libro de Díez Ripollés, J.L., “La racionalidad de las leyes penales”, Trotta, 2004.

²²⁸ Un ejemplo lamentable de este fenómeno fue la modificación de la ley del menor en 2006 que incrementó la dureza en la respuesta punitiva de la LO 5/2000 como consecuencia del eco mediático y la presión social ejercidas por la madre de una menor brutalmente asesinada con el apoyo de una asociación que –apelando al respeto y la tolerancia- acudió con inusitada rapidez y vehemencia en su apoyo, contradiciendo así abiertamente su denominación y objeto social con los métodos e instrumentos utilizados para su consecución.

²²⁹ El término “Teoría Jurídica Terapéutica”, en traducción directa de su denominación en inglés, Therapeutic Jurisprudence Approach, no nos parece adecuado porque puede generar confusión entre lo legal y lo médico, y por tanto, causar desconfianza y rechazo entre los operadores jurídicos. Creemos que

La Justicia Restaurativa que da soporte ideológico a la mediación penal, nace vinculada a diferentes movimientos con el denominador común de su interés y preocupación por la humanización del sistema penal y por aliviar el sufrimiento que provoca el delito, y sus consecuencias. Uno de ellos, consciente de la hipertrofia del sistema penal, del sufrimiento que genera y de su manifiesta incapacidad para cumplir sus funciones declaradas, es el que ha venido propugnando desde comienzos de los años '70 alternativas a la prisión y la introducción de un amplio catálogo de sustitutivos que ampliaron una visión hasta entonces exclusivamente vinculada a las teorías absolutas de las penas. En similar dirección, otra fuente inspiradora de la Justicia Restaurativa han sido los movimientos a favor de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, sobre todo a partir de la crisis teórica del modelo reinsertador (por cierto, sin haberse empeñado suficientemente en ponerlo en práctica).

Por su parte, los movimientos defensores de los derechos de las víctimas consiguieron desarrollar una nueva disciplina surgida de la Criminología: la Victimología.²³⁰ De este modo, se empezó a tomar tardía conciencia de que el modelo convencional de justicia penal, en su obsesión por el castigo e inocuización del culpable, olvidaba a la víctima que quedaba reducida a ser utilizada como mera prueba de cargo en la compleja maquinaria del sistema penal, que una vez puesto en marcha, nada ni nadie puede detener, ni siquiera la voluntad de la víctima que queda absolutamente enajenada del proceso penal y privada, con frecuencia, de la respuesta penal requerida²³¹.

Desde un punto de vista de política criminal, la mediación penal muestra su superioridad ética en su basamento sobre tres elementos tan fundamentales como sencillos: una idea de justicia muy elemental (dar a cada uno lo que necesita), el rescate de la categoría de “necesidades” (previa incluso a la de “derechos”) y buenas dosis de sentido común. Por ello, puede ir *más acá* de las funciones atribuidas al sistema penal al uso, minimizando violencia y dolor; y *más allá*, atendiendo a las necesidades puestas de manifiesto por el delito. Para ello, se analizan las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, se buscan las fórmulas más idóneas para ayudar a asumir las responsabilidades, reparar los daños, aliviar las penas, facilitar las necesarias explicaciones, neutralizar los miedos, hacer desaparecer inseguridades y obsesiones, nivelar asimetrías sociales o falta de oportunidades y procurar evitar la reiteración de delitos en el futuro. La base de todo ello es el reconocimiento del otro como un “tú” competente (bien diferente de un mero medio de prueba o de un enemigo a batir).

es más apropiado referirnos a “justicia restauradora”, que tiende, sin más, a restaurar el daño causado, personal y socialmente, tomando como elemento clave de la intervención judicial la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y emocionales de los ciudadanos implicados en los procesos penales, así como de la colectividad. Su origen es criminológico, y contempla, principalmente, tres elementos: la víctima, la rehabilitación y la pacificación social. Uno de sus promotores fue David Wexler, profesor de derecho en la universidad de Puerto Rico y de psicología en la de Arizona. Para profundizar en el tema: Winick, B y Wexler, D., “Judgenig in a Therapeutic Key: therapeutic Jurisprudente and the Courts”, North Carolina, 2003.

²³⁰ Pionero en España es Antonio Beristaín Ipiña, “Nueva Criminología desde el derecho penal y las víctimas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; ID., “Victimologia: nueve palabras clave”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

²³¹ Singular empuje dio al movimiento restaurativo y pacificador el Proyecto Alternativo de Reparación alemán de 1992, encabezado por Claus Roxin.

El proceso de mediación no elude la intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia. La mediación no supone una privatización de la justicia penal sino que, como opción de política criminal, asumiendo el postulado del principio de intervención mínima, además de lograr los fines explícitos del proceso penal contemporáneo, apunta a la dirección nada despreciable de poner en tensión el “ser” con el “deber ser” (el primado de la razón ética) y de evidenciar algo que se desconoce entre los operadores jurídicos: lo que sucede después del “visto para sentencia” con unos y otros, lo que realmente ocurre en la vida de las personas y no sólo en los formalismos legales cuando éstos se desgajan de la vida.

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