

Universidad Carlos III de Madrid
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Curso Académico 2012/2013

MEDIACIÓN PENAL: DERECHOS Y GARANTÍAS



Belén Hernández Moura
DNI 50230431H

Área de Derecho Procesal. Resolución de
Conflictos.

TABLA DE CONTENIDOS

1. SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	1
1.1 Algunos apuntes sobre la situación actual del sistema penal: pasos hacia un modelo restaurativo.....	1
1.2 Fines de la pena y justicia restaurativa.....	6
1.3. Mediación como vehículo de responsabilización del infractor y actuación positiva en la víctima	7
2. LA VICTIM OFFENDER MEDIATION (VOM) COMO INSTITUTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.....	9
2.1. Un punto de vista normativo: la mediación con menores	9
2.3. Desde un punto de vista práctico: la mediación con adultos	12
3. RETICENCIAS A LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA RESTAURADORA: PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS.....	16
3.1 Ius Puniendi y mediación penal	16
3.2 Indisponibilidad de las partes.....	17
3.3 Principio de legalidad y principio de bilateralidad	17
3.4 Tendencia a la <i>superregulación</i>	18
3.5 Derechos relacionados con el derecho a un juicio justo: especial referencia a la presunción de inocencia	20
4. GARANTÍAS PARA LA VÍCTIMA Y EL OFENSOR EN LA VOM	25
4.1. La víctima y su protección	25
4.2. La protección de los derechos del victimario en la mediación penal.....	30
4.2.1. Buenas prácticas para la protección de los derechos del victimario en la mediación penal.	31
4.2.2. El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de los participantes en la VOM.....	32
5. CONCLUSIONES	38
6. BIBLIOGRAFÍA	41

MEDIACIÓN PENAL: DERECHOS Y GARANTÍAS

Belén Hernández Moura

RESUMEN: Tras el considerable retraso en la transposición de los imperativos europeos que introducen la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos se comienzan a dar en España los primeros pasos para dar soporte legal a lo que ya se venía haciendo en la práctica habitual de los Juzgados y Centros Penitenciarios de nuestro país. Los movimientos victimológicos reclaman desde hace tiempo una alternativa a la terminación normal del proceso penal que ofrezca una respuesta satisfactoria a las necesidades de las víctimas, tradicionalmente olvidadas en la gestión procesal del delito, y que al mismo tiempo posibilite una adecuada resocialización del infractor basada en la toma de responsabilidad y conciencia del daño derivado de la comisión del hecho delictivo. En este nuevo contexto el reto al que se enfrentan el Derecho Penal y el Derecho Procesal moderno no es sencillo: encontrar el punto de equilibrio entre la necesaria flexibilidad de los ADR y el respeto a los principios y derechos procesales básicos de víctima e infractor. En este trabajo se analizan las principales zonas de conflicto para el respeto de estas garantías básicas y se proponen algunas ideas para una futura regulación.

ABSTRACT: After the considerable delay in the transposition of the European imperatives that introduced mediation as an alternative dispute resolution the first steps are being taken in Spain to offer legal support to what was already happening in the habitual practice of Spanish Courts and Penitentiary Centers. The victims' movements have been claiming for an alternative to the usual criminal process termination in order to give a satisfactory response to the needs of victims, part of which has been traditionally forgotten in the Spanish Criminal Procedure Rules (secondary victimization); and that at the same time makes it possible for offenders to successfully re-enter into the society based on the understanding of responsibility and conscience of the harm derived from the crime commission. In this new context the challenge that has to be faced by modern Criminal Law and Procedural Law is not simple: finding the balance between the necessary flexibility of the ADR and the complete respect of the rights and procedural guarantees of victims and offenders. In this paper we analyzed the principal conflict areas in this field as well as some ideas are proposed for a future regulation.

1. SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1.1 ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA PENAL: PASOS HACIA UN MODELO RESTAURATIVO

El modelo actual de justicia penal no deja indiferente a nadie por razones que poco tienen que ver con el reconocimiento a una buena labor en la administración de justicia, y ello, como

indica PERULERO GARCIA, *en atención a las opiniones que suscita en la ciudadanía, ni por quienes nunca han tenido contacto directo con el sistema, ni por quienes lo han tenido personalmente (...). Tampoco es ensalzada por los profesionales que trabajan en su entorno, y, menos aún, se percibe dignificada por los medios. Todo ello, sin perjuicio de que, acaso, sea una visión excesivamente general y no demasiado objetiva, ya que siempre llama más la atención el fallo que el acierto*¹.

Entre algunos de los factores que explican la crisis de legitimidad en la que parece haberse estancado nuestro sistema jurídico penal se encuentran la dificultad de ofrecer respuestas al delito en su dimensión colectiva así como a las necesidades individuales de víctimas e infractores, verdaderos protagonistas del hecho delictivo que no obstante han sido tradicionalmente relegados a un papel de meros figurantes procesales.

El descontento generalizado con la justicia ha querido ser atajado por el legislador a golpe de BOE, llegando a una desmesurada utilización del Derecho Penal como instrumento de control social plasmado en las innumerables reformas producidas por el legislador que sin embargo no han significado una disminución efectiva de la criminalidad, ni han revertido en un mayor sentimiento de seguridad por parte de los ciudadanos. La confianza en la Administración de Justicia tampoco ha aumentado, puesto que la misma es percibida como “ineficaz” debido a una idea de condescendencia que ha encontrado refuerzo en medios de comunicación y ciertos movimientos sociales².

Esto último tiene una explicación que sirve a la vez para entender la necesidad de un cambio en la idea que une eficacia penal y cantidad de pena impuesta e íntegramente cumplida y por lo tanto también en la noción de Justicia que se transmite a la ciudadanía desde Instituciones Públicas y “mass-media”, puesto que, es claro que el sufrimiento y violencia que ha soportado la víctima no encontrarán alivio en la ejemplaridad del castigo.

¹ PERULERO GARCÍA, D, “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal”, en GARCIANDIA GONZALEZ, PM., SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), “Sobre la mediación penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)”. Navarra, 2012, págs. 69-89.

² A estos efectos, resulta interesante consultar los datos de la Encuesta Social Europea sobre Confianza en la Justicia de 2010, y, en concreto, los datos sobre confianza en la Justicia Penal. Dicho estudio revela que en países como Portugal, Israel, España, Suecia, Hungría y Bulgaria el índice de población que piensa que los individuos de diferentes grupos étnicos serían tratados de forma distinta es más elevado que en la mayoría de países incluidos en la muestra. Igualmente en estos países existe la creencia de que alguien perteneciente a una minoría sería declarado culpable con una mayor probabilidad. EUROPEAN SOCIAL SURVEY, “Confianza en la justicia: resultados principales de la 5ª edición de la Encuesta Social Europea”, p. 6. El texto completo se puede consultar en el siguiente enlace: http://www.upf.edu/ess/_pdf/5a-ola/Informes/RPESS1.pdf

En este sentido, se ha reclamado desde los movimientos victimológicos apoyo legislativo para ofrecer a esta parte el espacio en la gestión dialogada del conflicto, de su propio conflicto, ineludible para sobreponerse a él, evitando lo que se ha denominado por la doctrina como “*victimización secundaria*” o “*perdedor por partida doble*”: en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado y las complejidades del sistema penal.

El “*sufrimiento, miedo, expectativas e ilusiones frustradas, necesidad de conocer, de comprender e incluso de perdonar*”³ quedan fuera de la posibilidad de intervención que ofrece el actual artículo 109 LeCrim⁴ que en todo caso es “*limitada, estigmatizante y escasamente reparadora*”⁵. Además de sufrir el delito, las víctimas padecen las fisuras de un sistema que genera violencia institucional traducida en sensación de olvido y desvinculación con el conflicto en el que solo parece primar la reparación material, siempre que, en el mejor de los casos existan sentencia condenatoria y solvencia económica del acusado.

Ahora bien, no solo desde el lado de la víctima es deseable un cambio en el sistema. La fuerza de las actuales corrientes retribucionistas no favorecen el mandato constitucional para las penas, de las cuales debería poder deducirse su función reinsertadora. De hecho, en línea con RÍOS MARTÍN, *la falta de inversión en conductas de prevención en sectores sociales de riesgo* convierten a la prisión en receptora del *fracaso social* que solo origina más excesos y enclaustramiento de las pautas que deberían potenciarse en orden a una adecuada resocialización de la persona infractora. La cárcel se está convirtiendo prácticamente en el único recurso asistencial⁶.

Tal y como indican POZUELO PEREZ y DOPICO GOMEZ-ALLER, *el sistema penal de un Estado es fiel indicador de sus convicciones democráticas y su nivel de integración social*⁷; pese a lo acertado de esta afirmación, el auge retribucionista ha desembocado en la ampliación, no solo en lo que a la gravedad de las penas se refiere, sino también en el progresivo aumento de las conductas consideradas penalmente reprochables.

³ RÍOS MARTÍN, JC.; PASCUAL RODRIGUEZ, E.; BIBIANO GUILLEN A. “La Mediación Penal y Penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”; 2006, p.25.

⁴ “En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle”. Párrafo primero del artículo 109 de la actual LeCrim.

⁵ RÍOS MARTÍN, JC.; PASCUAL RODRIGUEZ, E.; BIBIANO GUILLEN A., “La Mediación Penal y Penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”.

⁶ RÍOS PERE. “Muchos presos para tan pocos delitos”. EL PAÍS, 05/08/2009.

⁷ POZUELO PEREZ, L.; DOPICO GOMEZ-ALLER, J. “Los Medios y las Penas”, EL DIARIO.ES, 28/12/2012.

Durante los últimos tiempos no han sido pocas las reformas penales que han tenido lugar en línea con esta tendencia en la que los instrumentos más básicos de resocialización, tercer grado y libertad condicional, se han ido alejando de la política penitenciaria⁸. A título meramente ejemplificativo baste nombrar los cambios legislativos recogidos en la Ley Orgánica 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas o la Ley Orgánica 11/2003 sobre seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁹.

En el último Proyecto para la reforma del Código Penal se han introducido conceptos cuanto menos dudosos desde una perspectiva constitucional y de política criminal, como custodia de seguridad, detención ilegal con desaparición y la controvertida prisión permanente revisable.

Como resultado de esta “cultura litigante” nos encontramos en un “escenario litigioso” que no parece asumible por la propia Administración de Justicia, *que no es concebido como justo, no previene ni protege, no intimida ni disuade, no rehabilita, no integra ni resocializa, no reeduca ni educa, pocas veces atiende las necesidades de delincuentes y víctimas*¹⁰.

No se debe perder de vista que *España se encuentra (...) a la cabeza del encarcelamiento en Europa (...) con una delincuencia en descenso desde los últimos 20 años. En efecto, entre 1991 y 2011 nuestra población penitenciaria se ha multiplicado (...) fundamentalmente a causa de los sucesivos endurecimientos del sistema penal. Estas cifras revelan que el legislador hace oídos sordos a los datos reales, a las estadísticas, y sólo parece escuchar los gritos mediáticamente amplificadas de quienes entienden que la panacea de la política criminal es endurecer las leyes una y otra vez por el mero hecho de endurecerlas, sin siquiera haber detectado fallos en su*

⁸ A estos efectos resulta ilustrador consultar los datos sobre la media de libertades condicionales concedidas, en claro descenso entre 1996 y 2001, con una media que decrece desde el promedio de 26 libertades condicionales concedidas por cada 100 reclusos/as condenados hasta las 14 concedidas en 2001. Para mayor abundamiento en estos datos, CID MOLINE, J., “El sistema penitenciario en España”, Jueces para la democracia, Dialnet, N° 45, 2002, págs. 15-27.

⁹ La LO 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas tuvo una gran incidencia en la regulación de la pena de prisión en el Código Penal. Bajo las premisas de posibilitar que la ciudadanía conozca con exactitud cuál va a ser la aplicación de la pena (con el aumento en la seguridad jurídica que ello supone), ofrecer respuesta a las formas de delincuencia más graves y como herramienta de disminución de la criminalidad la LO 7/2003 aumenta el límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión y modifica el régimen de individualización de la pena mediante el establecimiento de restricciones a la libertad condicional y el endurecimiento de las premisas para acceder al tercer grado. Por su parte, la LO 11/2003 desplaza su atención primordialmente a reincidentes y pequeños delincuentes, en la medida en que disminuye el límite mínimo de la pena de prisión a tres meses y suprime el arresto de fin de semana. Para mayor abundamiento en la incidencia de estas normas en la política criminal española: LÓPEZ PEREGRÍN, C., “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, Revista Española de Investigación Criminológica, N° 1, 2003.

¹⁰ PERULERO GARCÍA, D., “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal”.

*funcionamiento y sin análisis criminológicos de ningún tipo. En el caso más extremo, la Ley del Menor de 2000 fue reformada para endurecer sus penas antes siquiera de que entrase en vigor*¹¹.

Tras un notable retraso en el cumplimiento de los mandatos europeos en materia de mediación penal, por fin parece que, aunque tímidamente y con ciertas carencias, se empieza a caer en la importancia de dar cobertura legal a la mediación penal como instrumento de Justicia Restaurativa en la legislación española.

Dicho impulso parte de la Directiva núm. 29 de 2012 de la Unión Europea por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos, norma que reemplaza a la incumplida Decisión Marco de 2001 que regula el Estatuto Europeo de la Víctima.

En el actual escenario de reforma en el que nos encontramos son varios y muy diversos los frentes abiertos que se mantienen desde el Ministerio de Justicia, pero, en lo que interesa al objeto del presente trabajo, la reforma prevista para la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LeCrim), el Estatuto de la Víctima y la reforma del Código Penal (en adelante CP) son los más destacados.

En este sentido, según el artículo 37º del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaría el actual CP, el artículo 84 tendría la siguiente redacción: *“el Juez o Tribunal (...) podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del (...) acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”*¹². Lo cierto es que dicho Anteproyecto, que apenas dedica una línea en su Exposición de Motivos a la mediación, no se refiere a ningún delito en particular, dejando en principio la puerta abierta a su aplicación a cualquier delito, incluyendo los de violencia de género, lo que supondría problemas de compatibilidad con la actual Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹³ y diferentes instrumentos internacionales, como el Manual de Legislación de Violencia contra la Mujer de 2010¹⁴ o el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra

¹¹ POZUELO PEREZ, L., DOPICO GOMEZ-ALLER, J., “Los Medios y las Penas”. EL DIARIO.ES, 28/12/2012.

¹² Ministerio de Justicia. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³ La actual LO 1/2004 en su art. 44 apartado 5º veda para todos los casos la mediación.
<http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>

¹⁴ Manual de Legislación de Violencia sobre la Mujer. En concreto, sobre los métodos autocompositivos de solución de conflictos su apartado 3.9.1 recoge lo siguiente: *“Cuando la mediación se utiliza en casos de violencia contra la mujer, surgen varios problemas. Retirar asuntos del control judicial presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la*

las Mujeres y Violencia de Género de 2011, cuyo artículo 48 reza “*las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación (...)*”¹⁵.

1.2 FINES DE LA PENA Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La pena ha sido la sanción que tradicionalmente ha acompañado al Derecho Penal, siendo la consecuencia fundamental que caerá sobre el victimario en caso de llevar a cabo una conducta de las consideradas en cada momento social como delito. No han sido pocos los debates que se han mantenido sobre la función de la pena, retributiva o preventiva en cada una de sus dos vertientes, no obstante, en línea con DE LA CUESTA AGUADO, no se puede afirmar que fruto de estas discusiones hayan surgido modelos teóricos nuevos, lo que necesariamente ha conducido a la perpetuación de los modelos anteriores e incluso a un cierto refuerzo de los mismos¹⁶. Más allá de una discusión sobre cuáles son los fines de la pena en sus diferentes caras, indiscutiblemente ésta es la amenaza y consecuencia ligada a la comisión de un delito, *sea porque se crea que con tal mal se hace justicia, sea porque con la amenaza del mismo se quiere disuadir de la comisión de delitos*¹⁷.

La mediación, como nuevo patrón de justicia penal, requiere encajar estos conceptos de manera diferente. Mientras que las teorías tradicionales alegan el mal necesario de la pena como medio de satisfacción de fines bien preventivos, bien retributivos, la mediación parte de la inutilidad de la misma así como de la ineficacia de la pena privativa de libertad para satisfacer los fines de las teorías preventivo-especiales. El delito visto desde este prisma supone un conflicto entre personas que no puede zanjarse simplemente imponiendo un castigo al infractor, sino emprendiendo su rehabilitación mediante la toma de conciencia del daño ocasionado a víctima y comunidad y corresponder a la subsanación del mismo mediante la restauración del daño causado. Igualmente rescata a la víctima del papel pasivo en la tramitación procesal del delito a la que ha sido relegada

responsabilidad de quien ha cometido el delito”.
[http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20(Spanish).pdf)

¹⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Guia_y_Protocolos_de_actuacion/Convenio_del_Consejo_de_Europa_sobre_prevencion_y_lucha_contra_la_violencia_contra_las_mujeres_y_la_violencia_domestica

¹⁶ DE LA CUESTA AGUADO, PM., “Fines de la pena y justicia restauradora”. En: GARCIANDIA GONZALEZ PM.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.); “Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma”, Navarra, 2012, p.128.

¹⁷ MIR PUIG, S., “Derecho Penal: parte general”, Barcelona, 2009. p. 43.

por el Estado, titular del *Ius Puniendi*, quien hasta ahora debía fundamentalmente ser resarcido por “*la infracción normativa, el elemento de desorden y la tensión social que significa el delito*”¹⁸.

De manera que, mientras que según el sistema tradicional lo principal sería esta retribución al Estado y lo accesorio la reparación a la víctima mediante la satisfacción de la responsabilidad civil, el fundamento de la Justicia Restaurativa recae en la reparación de la víctima, económica y también emocional. Pero la mediación no acaba ahí, la vuelta del delincuente a la sociedad con garantías es también uno de sus objetivos, quizá con igual importancia, puesto que la reparación completa no es posible sin la responsabilización del mismo y su compromiso con la comunidad; con lo cual, retribucionismo y prevención especial no desaparecen, se entienden desde otra perspectiva: *¿acaso los gritos de un infeliz reclaman del tiempo sin retorno las acciones ya consumadas?*¹⁹

1.3. MEDIACIÓN COMO VEHÍCULO DE RESPONSABILIZACIÓN DEL INFRACTOR Y ACTUACIÓN POSITIVA EN LA VÍCTIMA

Siguiendo a RIOS MARTIN, es claro que existen varias maneras de enfrentarse con una situación traumática, pero desde qué perspectiva la víctima sea capaz de mirar a dicha situación es cuestión esencial para la gestión eficaz del dolor que se deriva del hecho delictivo. Las circunstancias que favorecerán decantarse por la Justicia Restaurativa pueden cambiar desde, por ejemplo, el conocimiento o reconocimiento²⁰ de los hechos fruto de un proceso de diálogo. Este cambio de perspectiva es posible, así se desprende de diversas experiencias restaurativas que más adelante se expondrán. Sin embargo hay limitaciones y bloqueos con origen en sentimientos tan humanos y entendibles como el miedo, el odio, la ira, la *vendetta* o la culpa que pueden dificultar el encuentro libre y responsable.

Una de las claves del enfoque restaurativo que aquí se defiende es que la víctima de manera indiscutiblemente *autónoma y personalísima se cuestione qué está dispuesta a hacer para alcanzar*

¹⁸ DE LA CUESTA AGUADO, PM., “Fines de la pena y justicia restauradora”, p. 139.

¹⁹ BECCARIA, C., “De los delitos y de las penas”, Madrid, 2011, p. 151.

²⁰ Si el fin último de la mediación es un acuerdo de reparación que permita la superación de las consecuencias negativas del delito quizá no es “reconocimiento de los hechos” la expresión más afortunada. En este sentido entendemos más positivo para la consecución del mencionado objetivo, un “consenso sobre los hechos”, una versión unificada sobre lo ocurrido que ambas partes puedan aceptar como elemental y válida, a partir del cual se pueda empezar a trabajar en la responsabilización del victimario, con independencia de cuál sea la descripción fáctica del Ministerio Fiscal o las acusaciones. En este sentido se pronuncia parte de la doctrina, entre los que destacan PASCUAL RODRIGUEZ, E. en PASCUAL RODRIGUEZ, E.; “La Mediación en el sistema penal: memoria para optar al grado de doctor”.

la serenidad, el equilibrio perdido. Esto supone, “tomar las riendas” de la solución del conflicto, siendo la propia víctima, coprotagonista del delito, la que decida cuáles van a ser los pasos para reconducir su dolor. Solo desde este enfoque emocional, que en absoluto se pretende describir como algo fácil, se posibilita una salida completamente *reparadora, sanadora* y definitiva *del delito*²¹.

No se puede perder de vista que la violencia institucional del sistema penal y de la Administración Penitenciaria hacen también mella en el victimario en clave *no solo de pérdida de libertad ambulatoria, sino también en el notable deterioro o incluso pérdida total de las relaciones afectivas, ausencia de intimidad, imposibilidad de prever el futuro y adaptación a la violencia* y a la realidad penitenciaria *circunstancias que, a su vez, generan miedo, inseguridad y desconfianza*²². Como consecuencia, el victimario pasa asimismo a identificarse como víctima del sistema situación que imposibilita la toma de conciencia y frustra cualquier intento de asunción de responsabilidad personal por los hechos cometidos, lo que, en definitiva contradice los fines últimos de la intervención penal.

Por lo tanto, no es un “*sinsentido*” pensar que sin una auténtica responsabilización por parte de la persona infractora no puede existir verdadera reparación a la víctima ni restablecimiento de la situación anterior quebrada por la comisión del hecho delictivo, y, como siguiente eslabón de la cadena, tampoco habrá recuperación personal ni social que permita la adquisición de aptitudes y actitudes favorables para una vuelta a la sociedad sin posibilidades de repetir la infracción penal, quedando entonces frustrados los fines de prevención, especial y general.

Es en este contexto, en el que la justicia, esta vez restaurativa, aparece como puente entre víctima, victimario y sociedad como medio de acercamiento, entendimiento y pacificación. Esta afirmación, se sustenta en las experiencias mediadoras que se han llevado a cabo con menores infractores y las iniciativas que en materia de justicia restauradora con adultos se han llevado hasta ahora en nuestro país y que se analizarán más adelante.

²¹ RÍOS MARTÍN, JC.; PASCUAL RODRIGUEZ, E.; BIBIANO GUILLEN A. “La Mediación Penal y Penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”.

²² *Ibíd.*, p.39.

2. LA VICTIM OFFENDER MEDIATION (VOM) COMO INSTITUTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Cabe en primer lugar establecer las líneas básicas de lo que entendemos por *Victim Offender Mediation*. Siguiendo a UMBREIT, la VOM, como manifestación más clara de la Justicia Restaurativa, consiste en el establecimiento de un proceso de diálogo que ofrece la oportunidad a la víctima de reunirse con su ofensor en un contexto seguro y estructurado con el objetivo de trabajar en la responsabilización del victimario a la vez que se ofrece a la víctima ayuda, asistencia y/o compensación. Con la ayuda de un mediador profesional se favorece que la víctima pueda expresarse sobre el impacto del delito, así como la obtención de respuestas a sus preguntas y la participación directa en el desarrollo de un plan de restauración. En el lado del victimario se posibilita la asunción directa de la responsabilidad, la comprensión y aprehensión de la ilicitud de su comportamiento y la participación directa en la reparación.

La Justicia Restaurativa supone una nueva visión del delito y de la victimización. Tradicionalmente se entendía el delito principalmente como ofensa al Estado; la Justicia Restaurativa sin embargo, pone su énfasis en la víctima individual, la comunidad como víctima y el ofensor. Si entendemos el crimen desde este enfoque es lógico que se defienda que sean las partes involucradas las que asuman la participación activa en la restauración de la situación previa a la comisión del hecho delictivo. En lugar de contribuir a la “aceptación pasiva del castigo” se trata de favorecer la “participación activa” en la restauración a víctima y comunidad, puesto que, desde la perspectiva restaurativa la superación emocional y material del delito cobra más relevancia que la imposición del castigo al ofensor²³.

2.1. UN PUNTO DE VISTA NORMATIVO: LA MEDIACIÓN CON MENORES

En la mayoría de los países europeos las raíces de la Justicia Restaurativa convergen en un mismo punto: la justicia penal de menores. Son varios los ejemplos en este sentido, entre los que se encuentran las “*family group conferences*” de la política criminal neozelandesa, los “*youth offender*

²³ UMBREIT S.M., “Victim Offender Mediation. Training Manual”. Center for the Restorative Justice & Peacemaking. University of Minnesota, 1998, p. 5.

panels” británicos o los programas “*victim-offender mediation*” finlandeses, italianos y alemanes (*Täter-Opfer-Ausgleich*)²⁴.

En el marco español, también se quiso seguir este itinerario restaurativo impulsado por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 (en adelante LORPM), que introduce la mediación como modalidad de terminación de la controversia penal, así como por el Real Decreto 1774/2004 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley. Efectivamente, la mayor importancia que en el ámbito de la justicia de menores se dio a la recuperación de los parámetros educativos y restaurativos permitió que fuese en este área de la justicia en la que se introdujesen con mayor premura políticas criminales inclinadas hacia parámetros de oportunidad que respaldaban legalmente lo que ya se venía haciendo antes de la entrada en vigor de la propia norma en diferentes Comunidades Autónomas, a la manera de lo que ahora sucede en la mediación penal con adultos.

Pese al favorable contexto europeo, el soporte legal a la Justicia Restaurativa con menores en España no es tan indubitado como podría suponerse. De hecho, tal y como señala AGUILERA MORALES²⁵, la consecuencia que se liga a un procedimiento de mediación es bien el sobreseimiento del expediente ya iniciado o bien la finalización de la medida impuesta; en ningún caso la no incoación del proceso o del expediente de reforma. Por lo tanto, se trata de una mediación de carácter *intraprocesal* e *institucionalizada* pues serán los miembros del equipo técnico o las entidades públicas encargadas de ejecutar las medidas impuestas las encargadas de la mediación. En cuanto a las modalidades que se prevén en la mediación con menores infractores, estas pueden subdividirse en dos bloques, que serán, siguiendo a la misma autora, antes de la sentencia y después de la misma.

La primera de estas categorías, viene respaldada por el art. 19 LORPM. Para que la derivación del conflicto a mediación desemboque en la suspensión de la tramitación del expediente y de manera eventual, en la conclusión del proceso por sobreseimiento y archivo de las actuaciones deberán observarse dos presupuestos: que el hecho que se le imputa al menor constituya delito menos grave o falta y que el Ministerio Fiscal por su propia iniciativa, la del letrado del menor o por la del equipo técnico se estime adecuado derivar el conflicto a sistemas alternativos en función de la

²⁴ ESQUINA VALVERDE, P., “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal*, p. 86.

²⁵ AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, en GARCÍANDIA GONZÁLEZ PM.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.); “Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma”, Navarra, 2012, págs. 315-343.

gravedad y circunstancias del hecho y del menor así como a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.

Resulta muy acertada la observación de AGUILERA MORALES, en cuanto señala que la consecuencia prevista para este tipo de mediación, esto es, desistimiento del expediente solicitado y solicitud de sobreseimiento y archivo, tendrá efecto si se alcanza acuerdo con la víctima, acuerdo que puede ser de conciliación (reconocimiento del daño causado, petición de disculpas y aceptación de las mismas) o de reparación (compromiso de restauración del daño y conclusión real del mismo), pese a que el calado restaurativo de las dos figuras, desde nuestro punto de vista, no sea el mismo.

Después de avanzar por el articulado de la LORPM, el art. 51.3 de la misma lleva a la segunda modalidad de mediación con menores anteriormente anunciada. El mismo establece que *la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos (...) podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, cuando se entienda que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.* Por lo tanto, tal y como está configurada este tipo de mediación carece de cualquier repercusión en la gestión procesal del conflicto.

Sin embargo, no son estas las únicas apreciaciones que se han hecho a la mediación penal tal y como está prevista en la actual LORPM. Algunas de estas críticas tienen que ver con el hecho de que el artículo 19 habla de sobreseimiento del expediente unido a la satisfacción de determinadas actividades del menor, no obstante, que el menor realice dichas actividades o cuáles sean estas no tiene su origen en ninguna actividad probatoria sino en el reconocimiento, implícito o no, de los hechos, cuestión que entendemos también controvertida en el ámbito de la mediación penal con adultos y que se tratará más adelante. Igualmente se ha cuestionado qué alcance tendría el reconocimiento de los hechos si no se llega a acuerdo o pese a haberlo, no se cumple o qué efectos tendría fundar una sentencia condenatoria en el hecho de que el menor infractor estuvo en un primer momento dispuesto a mediar.

Otras cuestiones que la configuración de la LORPM deja en entredicho es el hecho de que se circunscriba su ámbito de aplicación objetiva a la conocida como *delincuencia de bagatela* obviando el enfoque educativo y resocializador que precisamente justifica en la Exposición de Motivos la introducción de estas prácticas; ¿son los hechos cometidos con violencia o intimidación graves susceptibles de reparación al margen de la perspectiva educativa y resocializadora? ¿Es

legítimo vetar legalmente que una víctima participe en un encuentro dialogado porque el delito en cuestión sea de los considerados como graves?

Al margen de las deficiencias en la regulación de la mediación, no se puede dejar de señalar que la LO 5/2000 supuso un cambio fundamental en la configuración del proceso de menores: la instrucción queda a partir de su aprobación encomendada al Ministerio Fiscal.

Tal y como señala SOLETO MUÑOZ, la LORPM encomienda al Ministerio Público en su artículo 16 la incoación del expediente. Hasta este momento, el principio acusatorio imponía que acusación e instrucción fuesen entendidas por instituciones diferentes. Así, a partir de este momento, el Ministerio Fiscal no se configura exclusivamente como órgano acusador, también como órgano investigador y, de alguna manera, también decisor²⁶. Las competencias que se le encomiendan a la Fiscalía en la instrucción serían así equivalentes a las del Juez Instructor en los procesos de adultos, salvo en lo que a limitación de derechos fundamentales se refiere. Este punto, lleva a reflexionar sobre cuál deba ser el papel del Ministerio Fiscal en la futura regulación de la mediación penal de adultos, cuestión de manifiesta importancia que se retomará más adelante.

2.3. DESDE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO: LA MEDIACIÓN CON ADULTOS

Hasta ahora la única alusión que el Derecho vigente realiza a la mediación es para referir su prohibición en cuanto a hechos constitutivos de violencia de género. No obstante, esta situación de silencio legal no ha evitado que se hayan puesto en marcha experiencias en este campo impulsadas desde Instituciones Públicas y Privadas.

De hecho, ya en noviembre de 1998 el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña inició una experiencia piloto que se afianzó con la creación permanente del Servicio de Mediación Penal, situado en la sede de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Barcelona y con delegaciones en el resto de provincias catalanas. También se han impulsado experiencias de este tipo en otras provincias como País Vasco, Valencia, La Rioja, Valladolid o Burgos tanto desde organismos públicos como de la mano de asociaciones privadas como AMEPAX o la Asociación Apoyo en Madrid. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial patrocina un programa piloto

²⁶ SOLETO MUÑOZ, H., “Organos de investigación e axuizamento”, en GONZALEZ PILLADO, E. (coor.), “Proceso Penal de Menores”, Valencia, 2009, págs. 47-69.

de mediación penal en adultos, al que se han sumado más de treinta Juzgados de Instrucción y de lo Penal, tanto de enjuiciamiento como de ejecutorias²⁷.

En nuestro país, Cataluña y País Vasco son las Comunidades Autónomas que han dado un mayor impulso a la mediación penal, quizá a ello haya contribuido como indica MARTÍNEZ SOTO, el hecho de que dichas Comunidades tienen transferidas en virtud de sus correspondientes Estatutos de Autonomía ciertas competencias en materia de Administración de Justicia y Ejecución Penitenciaria.

Centrándonos en las experiencias desarrolladas en el País Vasco, ya desde el año 2005 comienzan a darse los primeros pasos. Es en este año cuando la Dirección de Ejecución Penal encomienda a la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid la redacción de un informe sobre el que verter las experiencias restaurativas del País Vasco. En 2007 se crea el primer Servicio de Mediación Penal dependiente de la Dirección de Ejecución Penal y en 2008 comienzan a funcionar dos nuevos servicios en Bilbao y San Sebastián, con el consecuente aumento de los casos derivados a mediación. Desde 2007 tres Juzgados vascos, los de Instrucción número 1 de Bilbao y de Victoria, y el Juzgado de lo Penal número 2 de San Sebastián, intervienen en un proyecto impulsado desde el Consejo General del Poder Judicial en toda España. Todas estas experiencias, se han recogido en varios informes, señalando que los procesos de mediación que se han cerrado con acuerdo alcanzan una media del 79% en las provincias de Baracaldo, Bilbao, San Sebastián y Vitoria²⁸.

En el último informe del Servicio de Mediación Intrajudicial (SMI) elaborado por el Gobierno Vasco en el año 2012 se reflejan algunos datos que traducen en cifras el éxito que estos programas de mediación están consiguiendo. En el año 2012 se derivaron al SMI 1.262 nuevos expedientes junto con 138 casos procedentes del año 2011. En total, se manejaron 1.400 casos, un 21% más en relación al ejercicio de 2011, en el que el SMI trabajó en 1.144 asuntos. A 1 de enero de 2013, el SMI gestiona 187 expedientes procedentes del año 2012. De los expedientes de los que conoció el SMI en 2012 se cerraron 1.213 asuntos; el 34,54% no llegaron a iniciarse por distintas cuestiones. En el resto, esto es, en el 65,46%, el SMI ha intervenido alcanzando un proceso de mediación cerrado. Del total de expedientes cerrados, un 77,95% supusieron acuerdos satisfactorios

²⁷ European Association of Judges for Mediation (GEMME), “Notas sobre Mediación Penal en España”. <http://www.gemme.eu/nation/espana/article/notas-sobre-mediacion-penal-en-espana>.

²⁸ MARTINEZ SOTO, T., “Mediación penal y su implementación en España: ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 1, 2011, págs. 14-20.

para los implicados en el proceso penal. En el resto, un 22,05%, no se pudo lograr acuerdo aunque, tal y como se indica en el informe, *ello no implica que el proceso de mediación no haya tenido ninguna repercusión para las partes, llegándose, por el contrario, en algunos casos, a una conformidad previa a la vista oral o al desistimiento de la acción.*

En cuanto al tipo de delito de los expedientes derivados en el año 2012 un 26,41% fueron delitos y un 73,58% faltas. Tendencia que coincide con lo ocurrido en ejercicios anteriores; así en 2011 el 38,86% de las cuestiones tratadas fueron delitos, frente al porcentaje del 61,13% que representaron las faltas. Estos datos llevan a preguntarse el porqué de los bajos porcentajes de mediación en los delitos, a pesar del mayor beneficio que supone la mediación *para alcanzar la paz social cuanto más grave sea el delito en el que se interviene*²⁹. Ello conduce a la idea de que el camino que queda por recorrer para implantar con éxito los sistemas alternativos de solución de conflictos en nuestro país no es exclusivamente una cuestión legal, sino también y entendemos fundamentalmente un “*camino social*”, en el sentido de que es absolutamente necesario dar a conocer a ciudadanía y operadores jurídicos la existencia de estas alternativas a la justicia retributiva, informar de su funcionamiento, de sus consecuencias en el proceso y de la idea de justicia que impulsa los ADR.

Es cierto que aún no existe en nuestro país demasiada literatura sobre el índice de eficacia de la mediación, no obstante, lo que hasta ahora se ha escrito relativo a los efectos de la mediación penal sobre la reincidencia y la satisfacción de víctimas y agresores coincide con los resultados conseguidos en otros países europeos: la mediación logró una reducción sobre la reincidencia y obtuvo niveles de satisfacción elevados entre las partes participantes en el proceso.

El objetivo del estudio que se toma como referencia³⁰ cuenta entre sus fines determinar cuál es el grado de reincidencia y criterios de satisfacción de los beneficiarios del Programa de Mediación en la Jurisdicción Penal del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. De sus resultados se desprende que la reincidencia después del VOM se coloca en el 24.3% de los casos. En un análisis comparativo, se relacionó una menor duración del VOM con una mayor posibilidad de reincidencia, así como con la ejecución de delitos más graves o la presencia de agravantes en el delito cometido. En cuanto a la satisfacción global obtenida, se sitúa en los 35.51 puntos sobre un total de 50. El 84.1% de las víctimas y el 83.3% de los agresores mostraron su satisfacción con el VOM y aconsejarían la intervención en un programa de mediación penal adulta.

²⁹ Servicio de mediación Intrajudicial del Gobierno Vasco. Memoria 2012.

³⁰ SORIA, MA.; ARMADANS, I; VIÑAS, MR; MANZANO, J; “Mediación penal adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas”, Revista de psicología social, 2008, 23 (2), págs. 163-169.

Para entender mejor la eficacia de la Justicia Restaurativa podemos comparar la información anterior con el índice de la tasa de reincidencia penitenciaria en el mismo año 2008 también en Cataluña. Entendiendo reincidencia penitenciaria como “*el segundo o posterior procesamiento de una misma persona por presuntos hechos delictivos del mismo título del Código Penal*”, esta se sitúa en el 40.3% de los casos, acorde con el estudio consultado³¹.

Como se decía al principio de este trabajo, España cuenta con una de las tasas más bajas de criminalidad de Europa (48,4% en diciembre de 2011 sólo por delante de Grecia, Portugal e Italia)³² y de las más altas de encarcelamiento, 161 presos por cada 100.000 habitantes en 2010. Nuestro país supera la media de los 27 Estados europeos (136.8), por debajo sólo de siete países y aventaja cómodamente a otros Estados más cercanos culturalmente (Alemania, con 89.3, Francia, con 103.1, Portugal, con 104.4, o Italia, con 106.6)³³. Esto no tiene relación con la criminalidad pero sí con la política penal seguida en los últimos años, no es que los jueces decreten más pena de prisión sino que los reclusos están internados un tiempo excesivo, lo que inevitablemente alimenta la reincidencia.

³¹ Según la Investigación del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada sobre la tasa de reincidencia penitenciaria de 2008 es importante valorar la existencia de varios conceptos de reincidencia: *reincidencia autoinformada (aquella de la que informan los propios infractores)*, *reincidencia policial (nueva detención)*, *judicial (nuevo procesamiento)*, *penal (nueva pena o medida)* y *jurídica (nuevo hecho delictivo del mismo título del Código Penal)*. El indicador que se ha elegido aquí para comparar con la tasa de reincidencia después del VOM es la reincidencia penitenciaria, comprendida como “*el hecho de que una persona que ha salido excarcelada por cumplimiento de una pena privativa de libertad vuelva a cumplir nuevamente una medida de privación de libertad, sea como condenado o como preventivo*”. Reconoce este estudio la dificultad para obtener estos datos debido a la restricción del concepto de reincidencia y, consecuentemente, también de su tasa, “*puesto que solo se tienen en cuenta los casos que han vuelto a reingresar en prisión por delitos nuevos cometidos después de salir de ella una primera vez*”. Se debe tener en cuenta que los datos que se han empleado en este trabajo se circunscriben a un territorio específico, la Generalitat de Cataluña, y por lo tanto no se pueden extender sin más al resto de España. No obstante, sirven para crear una imagen de cuál sea el panorama en el resto del país. Para un mayor abundamiento en esta información, CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., “Tasa de reincidencia penitenciaria 2008”, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2009.

³² Evolución de la Criminalidad. Balance 2011. Ministerio del Interior.
<http://www.interior.gob.es/file/55/55620/55620.pdf>

³³ JUECES PARA LA DEMOCRACIA, “La realidad penitenciaria ante el populismo punitivo”.
<http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2012/xjpdupf/LA%20REALIDAD%20PENITENCIARIA%20ANTE%20EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>

3. RETICENCIAS A LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA RESTAURADORA: PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS

No son pocas las dudas que suscita la incorporación de la mediación penal como mecanismo de Justicia Restaurativa en especial en clave de derechos y garantías del victimario, uno de los aspectos que han preocupado más a penalistas y procesalistas. Dichas reticencias han sido clasificadas por SOLETO MUÑOZ en dos bloques principales; en primer lugar, *la tendencia de los sistemas continentales a la aplicación de los principios del proceso y del procedimiento a la Justicia Restaurativa* y, en segundo lugar, *la tendencia a reglar lo concerniente a la mediación y justicia restaurativa de forma exhaustiva o amplia*³⁴. No obstante, la cercanía y relación de ambos hacen que a lo largo de la exposición de este apartado se entremezclen inevitablemente ambas cuestiones.

3.1 IUS PUNIENDI Y MEDIACIÓN PENAL

Quizá conviene primeramente detenerse en la materia de si es la mediación un mecanismo correcto para conocer de cuestiones que tradicionalmente han sido dilucidadas por el Derecho Penal y el Estado como titular del *Ius Puniendi* y garante de la seguridad. Los detractores de estas vías restaurativas se preguntan si es adecuado “abandonar” cuestiones como la imposición de la pena y ejecución de la misma en manos de víctima y ofensor. La mediación sería vista por los contrarios a ella como un *método que no enfrenta la violencia de forma seria, no manda un mensaje lo suficientemente fuerte de disuasión, desaprobación y condena*³⁵, en definitiva, un instrumento poco adecuado para su empleo en política criminal.

El modelo restaurativo que se propone en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LeCrim no obvia estas cuestiones y aclara que se plantea una implantación que *respete el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional (...)*, comprendiendo la *institución de la mediación en el mismo marco del principio de oportunidad. Ésta no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del Ius Puniendi. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito*

³⁴ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, págs. 52-57.

³⁵ GORDILLO SANTANA, L., “La justicia restaurativa y la mediación penal”, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.153.

*privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima*³⁶.

3.2 INDISPONIBILIDAD DE LAS PARTES

Lo anterior enlaza con otra cuestión controvertida como es la consideración del proceso penal como esencialmente indisponible a las partes. En principio, no sería válido trasladar el concepto de “autonomía de la voluntad” tal y como se conoce en el proceso civil al proceso penal, donde podría definirse como “*el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas*”³⁷. Sin embargo, como indica MUERZA ESPARZA, esto no implica que el imputado carezca de cierta capacidad de decisión sobre algunas cuestiones que pueden surgir en el planteamiento del juicio entre las que se encuentran las denominadas garantías constitucionales del proceso, como el derecho a no declarar o el derecho a guardar silencio, con trascendencia en fase probatoria. Otras manifestaciones de esta capacidad de decisión del acusado, señaladas también por la doctrina, serían la posibilidad de ejercer el derecho de autodefensa a través, por ejemplo, del conocido como “derecho a la última palabra”.

3.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE BILATERALIDAD

A priori y en un entendimiento estricto del principio de legalidad como límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho no sería admisible la alteración del curso del proceso penal a consecuencia del seguimiento de un proceso restaurativo. El anterior planteamiento supone olvidar tres puntos ya ampliamente aceptados: la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad reglada una vez superado el denominado “*dogma de la verdad*”, la aceptación de que hay ciertos derechos que no pueden ser desmerecidos en aras de la búsqueda de la verdad material y la superación del sistema inquisitivo por el acusatorio³⁸.

³⁶ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292367253500?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition>

³⁷ MUERZA ESPARZA, J., “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”, REDUR 9, diciembre 2011, p.196.

³⁸ GORDILLO SANTANA, L. “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”. Universidad de La Rioja, p.99.

En consonancia con GORDILLO SANTANA, no se trata de entender legalidad y oportunidad como conceptos excluyentes y contrapuestos, *lo que está en juego es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena, así como cuáles son los fines que deben perseguirse con el proceso penal. Es evidente que con una interpretación rígida de este principio no podemos hablar de un Derecho Penal capaz de dar solución a los conflictos sociales, ni la pena será un instrumento útil como presupuesto legitimador de su aplicación.* Abogar por la incorporación de la Justicia Restaurativa conlleva inclinarse hacia criterios de oportunidad que favorezcan la participación de la víctima en el proceso penal. Igualmente, obviar el principio de oportunidad reglada, supondría ignorar la existencia de mecanismos de flexibilización que permiten la incorporación de soluciones restaurativas con consecuencias en el proceso penal, como ya ocurre con la conciliación, institución que se sirve de ejemplo para entender mejor el encaje procesal de la mediación.

En este sentido y, pese a las críticas vertidas en el punto anterior, cabe fijarse en la jurisdicción de menores, donde según señala LÓPEZ-BARAJAS PEREA, la LORPM faculta al ministerio Fiscal a disponer el archivo de las actuaciones cuando el delito no sea grave, no se haya cometido con violencia y el menor no sea reincidente, solicitar una petición de sobreseimiento bajo condición de cumplimiento por el imputado de futuras prestaciones, ejercitar conformidad o proponer la suspensión del fallo. También se prevé la posibilidad de instar la sustitución de la ejecución de medidas por otras más favorables para la reinserción del menor³⁹.

Igualmente se ha cuestionado la vulneración del principio de bilateralidad en los casos en los que la víctima no quisiera participar en la mediación o en los delitos de riesgo o de peligro abstracto, como los delitos de tráfico de drogas (contra la salud pública) o los delitos contra la seguridad del tráfico, puesto que no es necesario una víctima concreta para que el delito se entienda consumado. Se trata sin duda de una de las cuestiones de más actualidad en mediación. Aunque resultan evidentes las ventajas de la mediación directa esto no significa que en este tipo de delitos no exista una voluntad de reparar que deba aprovecharse, pudiendo tener lugar la mediación con una persona que, por ejemplo, represente al colectivo afectado o con el mediador, que más adelante podrá comunicar el rendimiento del proceso restaurativo.

3.4 TENDENCIA A LA SUPERREGULACIÓN

³⁹ LOPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal”. Criminología y justicia, nº4, 2012, págs. 15-20.

Se ha expuesto por la doctrina cierto peligro de “*privatización*” de la Justicia que llevaría consigo una salida más liviana para aquellos con más recursos económicos y por lo tanto, dejaría en entredicho la igualdad ante la ley así como el favorecimiento del mercadeo en la delimitación económica del acuerdo de reparación. Lo anterior, lleva a plantearse varias cuestiones: ¿debe regularse la Justicia Restaurativa?, y, si es así, ¿cómo debe regularse? ¿Qué zonas peligrosas debe sortear dicha regulación? ¿Sería acertado configurarla como un derecho accesible a todos o se estaría corriendo el riesgo de caer en una excesiva regulación que favorecería la rigidez?

La tendencia a la superregulación de las instituciones con relevancia jurídica va en detrimento del propio concepto de Justicia Restaurativa, que debe tener la capacidad de adaptación necesaria para cubrir las especialidades de cada caso siendo según GORDILLO SANTANA, precisamente esta flexibilidad una de las claves del éxito⁴⁰ de las figuras restaurativas. En efecto, el principio de legalidad, el principio de igualdad, el principio de bilateralidad y el derecho de defensa han sido objeto de una *exhaustiva regulación*⁴¹ en el modelo tradicional, lo que entendemos impide su transposición a la Justicia Restaurativa.

Resultaría más positivo regular cuáles serán los criterios de derivación o la forma de trabajo en instrumentos con mayor “maleabilidad” como Protocolos o normas internas de los Juzgados o las Oficinas de Atención a las Víctimas. No obstante, sí compartimos la conveniencia de introducir las líneas básicas de la mediación penal y sus principios reguladores así como lo adecuado de reflejar las vías restaurativas en el Código Penal, de manera que en el supuesto de que las partes prefirieran tratar su conflicto desde perspectivas restaurativas pudieran hacerlo, sin que ello suponga obstáculo para adoptar un enfoque u otro desde la plasticidad que deben tener los instrumentos restauradores⁴².

Consideramos que configurar la mediación penal como una opción más que como un derecho supondría un mayor beneficio, puesto que de esta manera se elimina el peligro de transformar la institución en mero trámite de acceso a la tutela judicial desprovisto entonces de cualquier implicación reparadora.

Esta configuración no evita que deba existir una adecuada política que apoye y dé a conocer las figuras restaurativas como alternativa siempre que se den las circunstancias necesarias, circunstancias que tal y como se señala en informes sobre experiencias piloto de mediación, no

⁴⁰ GORDILLO SANTANA, L., “La justicia restaurativa y la mediación penal”, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.147.

⁴¹ SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, p. 56.

⁴² *Ibíd*em

deben ser exclusivamente el reconocimiento de los hechos. Cuando desde la Oficina Judicial se ofrezca la posibilidad de mediar habrá que tener también en cuenta la naturaleza y circunstancias del hecho criminal, la magnitud de los indicios que estén probados y la posibilidad de reparación⁴³.

3.5 DERECHOS RELACIONADOS CON EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Uno de los elementos clave para asegurar la viabilidad de la mediación penal es impedir su utilización como vía para descongestionar la situación de los Juzgados, puesto que ello podría suponer un escollo para el derecho a un juicio justo a la manera de lo que ha ocurrido con la institución de la conformidad, donde lo habitual es que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional incremente la pena en orden a favorecer ésta y proponer después una leve rebaja. El acusado ve en la práctica restringido su derecho a un juicio justo, ante una posible respuesta más rigurosa del sistema penal en caso de no acceder a la conformidad. Tanto en la conformidad como en la mediación deben asegurarse los derechos del infractor a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, en el sentido de que no es admisible basar una sentencia condenatoria en el ejercicio de estos derechos.

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC 75/2007, de 16 de abril, que concede el amparo al recurrente y declara la nulidad de la sentencia anterior ante una situación en la que no se concurrió a la conformidad y no se rebajó la pena tal y como solicitó el Ministerio Fiscal, empleando el siguiente razonamiento: *“si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado hasta lo más evidente, y no hubieran obligado a hacer un juicio larguísimo (...) se justificaría el que se les tratara con más magnanimidad. Pero si ellos no la han tenido con la Administración de Justicia, ¿por qué ésta la va a tener con ellos?”*⁴⁴.

Uno de los aspectos que han sido más tratados por el sector doctrinal más reticente es la posible vulneración del principio de presunción de inocencia derivado de la aceptación del infractor a la participación en el proceso de mediación, por tener lugar una suerte de “aceptación temprana” de la responsabilidad. Es cierto que, *a priori*, no son pocos los riesgos jurídicos:

⁴³ RIOS MARTÍN, JC; MARTINEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGO DÍAZ, M; CABRERA, P; JIMÉNEZ ARBELO, M; “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008), p. 45.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/2007, de 16 de abril, Antecedente segundo.

- I. En el caso de que en la redacción del acuerdo de mediación o acta de reparación se incluya (o deba incluirse) un reconocimiento expreso de los hechos cabe cuestionar si se desprende cierta renuncia o cuanto menos se comprometen los derechos procesales del infractor y en particular su presunción de inocencia. Incluso, de si la mera participación en un proceso de mediación se puede inferir cierta aceptación de la existencia de una conducta al menos antisocial y puede que antijurídica que precisa de reparación, con las consecuencias probatorias que ello pudiera tener en un posterior proceso penal en caso de haberse frustrado el proceso de mediación.

- II. Otro aspecto problemático en torno a este asunto sería qué ocurriría en los caso en los que pese a haberse concluido con éxito la mediación el acuerdo no se ha cumplido antes del juicio. Ello podría suponer que, en caso de que la víctima no acepte la imposibilidad sobrevenida por causas justificadas y el consecuente retraso en el cumplimiento del mismo, no se apreciaran los requisitos para estimar la existencia de reparación del daño a los efectos de concreción de la pena del art. 21.5 CP, el cual recoge como circunstancia atenuante *haber procedido (...) a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*⁴⁵.

Pese a la trascendencia de lo anterior para los derechos del infractor no debe perderse de vista que la participación del victimario debe estar basada en una absoluta voluntariedad, habiendo sido con carácter previo debidamente informado de los derechos que le asisten y las consecuencias de optar por la vía restaurativa en relación con el sistema tradicional. Ni víctima ni acusado deben verse forzados a comenzar una mediación, a continuar en el proceso o a tomar acuerdos lesivos para sus intereses; por ello es clave que se asegure la autonomía de la voluntad a la hora de tomar la decisión de participar en un proceso restaurativo.

En Derecho comparado, que ocupará un apartado posterior, la mayoría de los países que recogen los sistemas restaurativos exigen un reconocimiento previo de los hechos o, al menos, una certeza probatoria que indique su responsabilidad en los mismos. Esto ha llevado que algunos autores, entre los que figuran QUERALT, argumenten que así entendido “*el proceso de reparación*

⁴⁵ PASCUAL RODRIGUEZ, E.; “La Mediación en el sistema penal: memoria para optar al grado de doctor”, dirigida por MARTINEZ ESCAMILLA, M.; Universidad complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2012, págs. 220-241.

*excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho*⁴⁶.

No obstante, la visión que se desprende de la anterior afirmación no coincide con el planteamiento de Justicia Restaurativa existente en los países que ya han dado respaldo legal a la mediación o con las experiencias piloto que hasta el momento han tenido lugar en España, en el sentido de que para poder acceder al mismo son necesarios ciertos presupuestos entre los que se haya la estricta confidencialidad del proceso, confidencialidad que se articula a la vez como garantía para el victimario y principio básico de la mediación.

Es interesante en este aspecto señalar cuáles son las directrices que se han tenido en cuenta en el Proyecto Piloto de Mediación Penal con adultos en la Comunidad Autónoma de La Rioja donde se especifica que *no se requiere el reconocimiento previo de los hechos ante el organismo juzgador, sino que existan una intencionalidad manifiesta de reparar el daño causado a la víctima y un reconocimiento de los mismos en el proceso basado en una responsabilización del daño causado. Se requiere, por lo tanto, responsabilidad para asumir la entrada en el proceso pero se trabaja la responsabilización del individuo a lo largo del desarrollo del mismo*⁴⁷.

Es cierto que cabe preguntarse acerca de la posible desvalorización de la voluntariedad; ¿puede afirmarse que el victimario elige libremente someterse a un proceso de mediación? En este sentido es inevitable pensar que el ofensor decide en unas circunstancias de presión, puesto que en caso de rechazar la vía restaurativa, el proceso penal y todas sus secuelas siguen adelante, incluso cabría la posibilidad de un aumento del marco penal ante el rechazo del victimario a la reparación del daño.

Es muy interesante el paralelismo que GORDILLO SANTANA realiza con la conformidad en los “juicios rápidos”. En ellos se acepta la condena basada en un reconocimiento previo de los hechos ante el Juez Instructor sin necesidad de celebración de juicio y sin embargo, resulta contradictorio que a la vez se ponga en tela de juicio la validez del proceso de mediación basado en una decisión voluntaria del victimario que en cualquier caso, deberá ser posteriormente ratificada por el Juez. Lo cierto es que en la práctica, la conformidad se ha configurado como una escapatoria para eludir una pena superior o para superar la falta de certeza ante una defensa sin demasiadas

⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. “La mediación penal en España y perspectivas internacionales”, p. 24. GORDILLO SANTANA, L., en “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”, p. 117, apunta su oposición a esta visión.

⁴⁷ GORDILLO SANTANA, L., “El proyecto piloto de mediación penal en la Comunidad Autónoma de La Rioja”, p.9. http://www.larioja.org/upload/documents/474209_programa_piloto.pdf

garantías de éxito. Para comprender el sentido que aquí se le quiere dar al concepto de voluntariedad lo importante sea quizá el elemento subjetivo, en el sentido de decisión informada, franca y con origen en la voluntad del ofensor entre las diferentes opciones que se le presentan, sin perjuicio de las posibles recomendaciones de la defensa⁴⁸.

En cuanto a la posible vulneración del derecho de defensa, en la entrevista previa al proceso de mediación donde se informa de los fundamentos de la Justicia Restaurativa, su funcionamiento y consecuencias, existe la posibilidad de asistir con abogado, quien participa en el proceso dando su autorización por escrito para la participación en el mismo pero que no estará presente en el proceso hasta la validación jurídica del acuerdo. No obstante, en caso de no asistir a esta primera reunión con asistencia letrada entendemos que tampoco cabría valorar la obstaculización del derecho de defensa, y ello por las mismas razones expuestas anteriormente, fundamentalmente la absoluta voluntariedad del proceso y la confidencialidad del mismo⁴⁹.

En la práctica, siguiendo el protocolo de funcionamiento del servicio de Mediación Intrajudicial del Gobierno Vasco, en la fase de inicio *el órgano Judicial, de oficio, a instancia de parte o del propio Servicio, tras resolver la derivación del asunto a un procedimiento de mediación penal lo comunicará a la/s persona/s denunciada/s y denunciante/s y su representación legal, si la hubiere, mediante la remisión de una carta explicativa sobre el procedimiento de mediación. Posteriormente el SMI contactará telefónicamente con las partes, a fin de tener una primera entrevista informativa donde les informará 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 y, en su caso, recabar de ellas el consentimiento informado para participar en el procedimiento de mediación*⁵⁰.

Las dudas expuestas anteriormente en cuanto al reconocimiento implícito de los hechos podrían tener también relevancia de cara a la valoración probatoria que, llegado el momento, pudiera hacer el Juez sentenciador. Esto no supondría problema alguno si una vez finalizada la mediación el acusado se mantuviese en el reconocimiento de los hechos que motivaron la denuncia,

⁴⁸ GORDILLO SANTANA, L., “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”, p. 123.

⁴⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “La Mediación penal: una alternativa a la resocialización”, en GARCIAANDIA GONZALEZ PM.; SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.); “Sobre la Mediación Penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma”, Navarra, 2012, págs. 122-123.

⁵⁰ Protocolo de funcionamiento del servicio de Mediación Intrajudicial: procedimiento de mediación penal. Dirección de justicia: departamento de justicia y Administración Pública. Junio 2012, p. 6

o si pese a abandonar el proceso de diálogo los hechos por los que fue encausado no son finalmente subsumibles en ningún tipo penal, pero si puede adquirir trascendencia probatoria si el acusado decidiera abandonar el proceso de diálogo en favor del procedimiento ordinario. Una vez firmada el acta de reparación y cursada ésta a Juzgado y Fiscal, la confidencialidad de la que se hablaba antes ya no es absoluta.

Pese a ello, y a la manera de lo que ocurre en la conformidad cuando defensa y Fiscal negocian sobre una hipotética conformidad o como sucede con el caso de pruebas obtenidas ilícitamente, el Juez no puede cimentar una sentencia condenatoria en el abandono de un proceso de mediación, siendo aconsejable que se recoja esta circunstancia en la futura reglamentación.

4. GARANTÍAS PARA LA VÍCTIMA Y EL OFENSOR EN LA VOM

4.1. LA VÍCTIMA Y SU PROTECCIÓN

Hasta la fecha el ordenamiento jurídico español no ofrece una definición de qué sea lo que debemos entender por víctima lo que, siguiendo a SOLÉ RAMÓN, no es sino una muestra del papel secundario que ha ocupado en nuestra regulación. No obstante, son abundantes las manifestaciones legislativas de la atención que han despertado las cuestiones próximas a la víctima, quizá por cuestiones más cercanas al rédito político que a razones de política criminal. Lo cierto es que no ha sido hasta muy recientemente cuando, acuciados por Europa, se ha empezado a trabajar en un Estatuto de la Víctima que sistematice y recoja la regulación de los derechos de las víctimas de delitos.

El proceso penal de menores también se ha preocupado por la situación de las víctimas y merece acaso un breve repaso para dibujar cuál haya sido hasta ahora la situación en éste ámbito en el que dos intereses a priori contrarios se enfrentan: el interés del menor autor de la conducta delictiva y el interés de la víctima del delito.

Siguiendo a la misma autora, según la regulación originaria del art. 25 de la LORPM el interés de la víctima se veía muy constreñido debido a la prohibición del ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros particulares. Se otorgó su ejercicio exclusivo al Ministerio Fiscal, excepto en los casos en que se estuvieran tratando delitos cometidos por menores que hubieran cumplido los 16 años en el momento de la comisión, concurriendo violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Según la opinión mayoritariamente mostrada por la doctrina, el tratamiento que se dispensaba a la víctima solo podía ser calificado de discriminatorio en tanto en cuanto la prohibición referida cuestionaba el respeto de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva o el derecho a ejercer la acción popular, además de la creación de diferentes tipos de víctimas en atención a la edad del menor infractor.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó la LORPM para posibilitar el ejercicio de la acción penal a la persona directamente perjudicada por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueren menores de edad o incapaces y posibilitar su personación en el procedimiento como acusadores particulares sea cual fuere la infracción cometida o la edad del victimario. No obstante, se han mantenido ciertos límites en tanto no pueden ejercer acción ni asociaciones en representación de intereses colectivos o cualquier ciudadano en el

ejercicio de la acción popular a la manera del artículo 125 de la Constitución. Cuestión que sin embargo no entendemos desacertada, puesto que, tal y como expresa la doctrina, se trata éste de un ejemplo en el que la publicidad se reduce y restringe en beneficio de la protección del menor⁵¹.

En definitiva, tras la reforma operada en 2003, los derechos que asisten a la víctima son, según enumeración del vigente artículo 25 LORPM:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Otras reformas importantes para la mejora de la posición de la víctima en el ámbito de la justicia de menores son las emprendidas por la mencionada Ley Orgánica 15/2003 en torno a la vigencia del principio acusatorio en la jurisdicción de menores que implica la vinculación del Juez no solo a las demandas del Ministerio Fiscal sino también a las de las acusaciones particulares o la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2006 cuya Exposición de Motivos recoge los objetivos de refuerzo en *“la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentran el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses”*, esfuerzos que se manifiestan en el vigente artículo 4 de la LORPM.

⁵¹ SOLÉ RAMÓN, A.M., “La protección de la víctima en la Ley Penal del Menor”, *Iuris*, 45, 2010, págs. 50-54.

No obstante, no se puede finalizar este repaso a la situación de la víctima en la jurisdicción de menores sin señalar que pese a las reformas, en la práctica la acusación particular se emplea exclusivamente en relación a los delitos más graves, que por fortuna y pese a su enorme repercusión pública, son también los más escasos. Por ello, no se puede afirmar que estas novedades legislativas, y en especial, las introducidas en 2003 hayan tenido una gran repercusión en la gestión de estos procesos⁵².

Ya en el ámbito de la justicia penal de adultos, uno de los objetivos de la Unión Europea es precisamente crear un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el reconocimiento de pronunciamientos judiciales en materia civil y mercantil. Dentro de este objetivo, tal y como señala MUERZA ESPARZA, la Unión Europea se ha involucrado también en ofrecer protección a las víctimas de delitos mediante el establecimiento de normas mínimas en la materia.

Este camino comenzó en 2001 con la adopción de la Decisión Marco del Consejo del 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal. En 2009, dentro del programa de Estocolmo se conminó a la Comisión y a los Estados miembros a que estudiaran qué cambios legislativos y medidas prácticas se podían emprender para mejorar la situación de las víctimas. Fruto de esas reflexiones, el Consejo dictó su Resolución de 10 de junio de 2011, en la que se plantean una serie de acciones para fortalecer los derechos y la protección de las víctimas en los procesos penales, proyecto conocido como “Plan de Budapest”⁵³. De acuerdo con dicho programa, en noviembre del año pasado se publicó la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas que reemplaza a la de 2001⁵⁴.

Siguiendo a MARTINEZ SOTO, la introducción de estas normas en la realidad legislativa española era indispensable, tanto por la demanda social en este campo como por el cumplimiento de los imperativos europeos. Además, su importancia no radica exclusivamente en el impulso a la justicia restauradora sino también en la relación de los derechos que asisten a las víctimas que hace la norma a lo largo de su articulado⁵⁵.

⁵² *Ibíd*em

⁵³ Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:187:0001:0005:ES:PDF>

⁵⁴ MUERZA ESPARZA, J, “Derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos en la Unión Europea”. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 857, 2013.

⁵⁵ MARTÍNEZ SOTO, T, “La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal”, en GARCIANDIA GONZALEZ, PM., SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), “Sobre la mediación penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)”. Navarra, 2012, págs. 357-382.

Lo cierto es que hasta que la victimología no ha avanzado en sus investigaciones ha existido siempre cierta inclinación a la omisión de la víctima en el proceso penal, a la que se le ha considerado procesalmente un simple testigo a la manera del artículo 410 LeCrim⁵⁶. Así se pronuncia MAGRO SERVET, que además entiende la necesidad de reformar el proceso penal mediante una ley integral que coloque a la víctima dentro del proceso pero “*con una autonomía específica que la sitúe fuera del rango procesal de un mero testigo, a fin de dotarle del carácter de una prueba autónoma y distinta. (...) La ubicación de la víctima dentro de la prueba testifical no le ha permitido a ésta separarse de esa “victimización secundaria” a la que ha estado sometida siempre*”⁵⁷.

Según la Directiva 2012/29/UE debemos entender por víctima i) *la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, ii) los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.*

En cuanto a los derechos reconocidos por la Directiva, podemos clasificarlos en los siguientes apartados:

Capítulo segundo: derechos de información y apoyo

- Derecho a entender y a ser entendido, lo que engloba el empleo de un lenguaje desprendido de tecnicismos accesible a todos y la posibilidad de que la víctima pueda ir acompañada por una persona de su elección en el primer contacto con la autoridad.
- Derecho a la información desde el primer contacto con la autoridad competente sobre:
 - a) el tipo de apoyo que podrán obtener y de quién obtenerlo, incluida, si procede, información básica sobre el acceso a atención médica, cualquier apoyo de especialistas, incluido el apoyo psicológico, y alojamiento alternativo;
 - b) los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos;

⁵⁶ “Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”. Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 410.

⁵⁷ MAGRO SERVET, V., “El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal”, Diario la Ley, núm. 7995, 25/10/2010.

- c) el modo y las condiciones en que podrá obtener protección, incluidas las medidas de protección;
 - d) el modo y las condiciones para poder obtener asesoramiento jurídico, asistencia jurídica o cualquier otro tipo de asesoramiento;
 - e) el modo y las condiciones para poder acceder a indemnizaciones;
 - f) el modo y las condiciones para tener derecho a interpretación y traducción;
 - g) si residen en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha cometido la infracción penal, las medidas, procedimientos o mecanismos especiales que están disponibles para la defensa de sus intereses en el Estado miembro en el que se establece el primer contacto con una autoridad competente;
 - h) los procedimientos de reclamación existentes en caso de que la autoridad competente actuante en el marco de un proceso penal no respete sus derechos;
 - i) los datos de contacto para las comunicaciones sobre su causa;
 - j) los servicios de justicia reparadora existentes;
 - k) el modo y las condiciones para poder obtener el reembolso de los gastos en que hayan incurrido como resultado de su participación en el proceso penal.
- Derecho a recibir una declaración por escrito que sirva de reconocimiento de la denuncia formal interpuesta.
 - Derecho a recibir información sobre su causa, tanto cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor como la hora y el lugar del juicio, y la naturaleza de los cargos contra el infractor.
 - Derecho a traducción e interpretación durante las entrevistas o la toma de declaración en los procesos penales, ante las autoridades de instrucción y judiciales, incluso durante los interrogatorios policiales, e interpretación para su participación activa en las vistas orales del juicio y cualquier audiencia interlocutoria.
 - Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas. Entre los servicios mínimos que se deben proporcionar se encuentran:

- a) información, asesoramiento y apoyo adecuados en relación con los derechos de las víctimas, también sobre cómo acceder a los sistemas nacionales de indemnización por los daños y perjuicios de índole penal, y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir al juicio;
- b) información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo;
- c) apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico;
- d) asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito;
- e) salvo que sea proporcionado por otros servicios públicos o privados, asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias.

Capítulo tercero: derechos de participación de la víctima en el proceso penal

- Derecho a ser oído.
- Derecho a que se revise la decisión de no continuar en el procedimiento.
- Derecho de acceso a los servicios de justicia restauradora en un contexto seguro y con garantías.
- Derecho de acceso a la justicia gratuita, reembolso de gastos y restitución de bienes.
- Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal.

El Capítulo cuarto de la directiva se ocupa de la protección y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial, particularmente a los menores de edad y el capítulo quinto se refiere a la formación de los profesionales que trabajarán con las víctimas⁵⁸.

4.2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL VICTIMARIO EN LA MEDIACIÓN PENAL

⁵⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Entendemos que los riesgos para los derechos del victimario en la mediación penal pueden evitarse si se desarrollan prácticas garantistas que impidan el quebrantamiento de la presunción de inocencia principalmente, o la vulneración de derechos procesales en general.

Un adecuado desarrollo de la mediación penal pasará por establecer protocolos que respeten las buenas prácticas mínimas para dicha protección, y un desempeño adecuado de los operadores jurídicos participantes, léase Ministerio Fiscal o Juez Instructor principalmente.

4.2.1. BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL VICTIMARIO EN LA MEDIACIÓN PENAL

La regulación futura de la mediación debe asegurar al victimario que en caso de querer abandonar el proceso antes del juicio oral aún en el caso de que se haya concluido con éxito, podrá hacerlo sin compromiso alguno de las garantías procesales. Para ello:

1. Deben recogerse los principios básicos de voluntariedad, independencia, imparcialidad, neutralidad y especialmente, confidencialidad de la información para evitar su empleo con carácter inculpatario, previsión que además se debiera contemplar en el documento de consentimiento informado que se explica y facilita para su firma en la fase de inicio.
2. Es imprescindible valorar la profesionalización del mediador que debe poder acogerse al secreto profesional y, por lo tanto, quedará excluido su llamamiento como testigo. Sólo podrá concurrir a juicio para ilustrar sobre la voluntad del acusado para compensar a la otra parte si no se hubiese producido la participación de la víctima en la mediación.
3. En aras de evitar una posible contaminación judicial el Juez no debe tener conocimiento de la marcha del proceso de mediación, a excepción del contenido del “acta de reparación”, en la que no debe tampoco exigirse el reconocimiento de los hechos por parte del acusado. Ahora bien, es evidente que para poder comenzar el proceso restaurativo es necesario partir de unos hechos que al menos posibiliten el inicio del diálogo, pero, en una situación con tantas complejidades y tan subjetiva como la que se plantea al inicio de un proceso de este tipo, es trabajo del mediador potenciar el diálogo entre las partes para lograr mayores cuotas de objetividad y poder fijar un relato común de los hechos válido para ambos. Todo ello en condiciones de total hermetismo respecto al procedimiento judicial de manera que ni Fiscal, abogados o Juez puedan emplear los datos plasmados en el acta de acuerdo.

4. Aunque la presencia de abogados durante el proceso de mediación no debe ser obligatoria e incluso consideramos que es desaconsejada, si sería positivo su asesoramiento en materia de afectación a derechos fundamentales, consecuencias penológicas y otras consecuencias jurídicas⁵⁹.

4.2.2. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICIPANTES EN LA VOM

La regulación de la mediación en los países europeos se ha decantado por incardinar la mediación penal dentro del sistema de justicia a diferencia de lo que ha ocurrido en los países iberoamericanos, donde se ha preferido una implantación de tipo comunitaria en el que la mediación penal no sólo se plantea desde el Ministerio Fiscal sino también desde otras instituciones como Colegios de Abogados u ONG's.

En cualquier caso, en el contexto europeo la mediación penal es esencialmente intrajudicial, lo que tal y como señala HEREDIA PUENTE ⁶⁰, lleva a reflexionar sobre cuál deba ser el papel del Ministerio Fiscal en la mediación y sobre la neutralidad de los mediadores respecto a los organismos a los que se les encomienda la persecución penal. En línea con la mencionada autora, independencia no debe ser sinónimo de *inexistencia de lazos o ausencia de (...) control*. De hecho, el Consejo de Europa ya en 1999 reconocía *la oportunidad de que la autoridad judicial actúe como un mecanismo de garantía que supervise no sólo los efectos de la introducción en el proceso del resultado del proceso de mediación, sino también que las condiciones procedimentales de su desarrollo no colisionen con los valores constitucionales propios del proceso penal*⁶¹.

Cómo se configure este control será cuestión clave para la garantía de los derechos del infractor en el proceso de mediación pero a la vez, una ordenación excesivamente rigurosa pondría en peligro los fines restaurativos del proceso. De cara a una futura regulación, dicho control debe ser externo al proceso de mediación, conservando su autonomía propia y descartando cualquier tipo de *confusión de funciones ni dependencia orgánica* respecto de Juez y Ministerio Fiscal. Ahora

⁵⁹ RIOS MARTÍN, JC; MARTINEZ ESCAMILLA, M; SEGOVIA BERNABÉ, JL; GALLEGUO DÍAZ, M; CABRERA, P; JIMÉNEZ ARBELO, M; “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008), págs. 43-49.

⁶⁰ HEREDIA PUENTE, M. “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”. Diario La Ley, N° 7257, 7/10/ 2009, págs. 6-17.

⁶¹ Recomendación n° R (99) de 15 de septiembre de 1999 de Consejo de Ministros sobre la mediación en materia penal.

bien, ¿quién debe encargarse de esta función de control? ¿Juez de Instrucción o Juez Sentenciador en fase de juicio oral o Ministerio Fiscal?

Quienes se inclinan por lo primero lo hacen basándose en el compromiso de la neutralidad del Ministerio Público en caso de que éste se “relacione” con los Servicios de Mediación. No obstante, entendemos que el respeto a la presunción de inocencia quedaría en entredicho si por el contrario fuese el Juez quien conociese cuál fuera la marcha del proceso de mediación al no poder asegurar su aislamiento respecto a la información vertida. Los partidarios de conferir al Juez esta función de control alegan que para salvar los riesgos de contaminación judicial el documento elaborado por el mediador debería entonces limitarse a informar sobre cuál haya sido el acuerdo alcanzado o la imposibilidad de alcanzarlo, obviando datos sobre los *hechos obtenidos durante las sesiones, ni consideraciones sobre responsabilidad o actitudes demostradas durante el desarrollo de aquéllas*.

Entendemos más acertado el criterio doctrinal que aboga por que sea el Ministerio Fiscal quien se encargue del control externo del proceso, sin perjuicio de la validación del acuerdo de mediación que debe hacer la autoridad judicial en la última fase de la mediación. Este modelo es el que se ha seguido mayoritariamente en Europa y también en España en el ámbito de la jurisdicción de menores, sin compromiso de la neutralidad del Ministerio Público o sin que haya tenido lugar ninguna de las consecuencias señaladas por los partidarios del modelo del control judicial ya que, citando de nuevo a HEREDIA PUENTE, *la condición de parte del Ministerio Fiscal evita que se de contaminación alguna*.

Debe también tenerse en cuenta la estrecha relación del Ministerio Público con la *definición y ejecución* de la política criminal de la que en poco tiempo pasará a formar parte la mediación penal, además de su conocido papel de representación y defensa de los intereses de la víctima y de los derechos fundamentales del victimario y del interés general manifestado en una “vuelta a la sociedad con garantías” del infractor. Todo ello hace que consideremos más adecuado optar por este modelo.

El papel del Ministerio Fiscal en otros países ha sido configurado de manera que se puede calificar de esencial para el proceso de mediación. Así ocurre en Bélgica, donde en el caso en el que los delitos puedan ser penados con penas de prisión inferiores a los dos años la Fiscalía puede, entre otras acciones, emplazar a autor y víctima con la finalidad de preparar un proceso de mediación

para tratar sobre la posible indemnización⁶². Es cierto que en este caso sólo se contempla la participación efectiva de la víctima para depurar lo relativo a la responsabilidad civil del delito, pero, aun así, es un paso para la introducción de la mediación en la actualidad de los tribunales. Además, en lo referente propiamente a la mediación penal y al Ministerio Fiscal, en Bélgica se han configurado varias figuras subordinadas a la Fiscalía del Rey:

1. *A cada Tribunal de primera instancia, le ha sido designado un fiscal adjunto como magistrado de enlace para la mediación penal. Esta persona es el encargado de la selección de los expedientes, de la vigilancia del trabajo y mediación y de la sesión de mediación final que tiene lugar en su gabinete.*
2. *En la Fiscalía de cada Tribunal, uno o varios trabajadores sociales figuran como asistentes de mediación. Estos últimos son los que efectúan las tareas concretas que llevan a las cuatro formas de mediación penal posibles: comunicar con las partes, preparar las condiciones, proceder a la mediación en el caso donde exista víctima, hacer el informe para el magistrado y dar curso a los acuerdos o a las condiciones.*
3. *En cada Fiscalía de la corte de apelación, dos consejeros en mediación con formación criminológica son nombrados para coordinar el trabajo de los asistentes de mediación⁶³.*

En el caso de Francia, las primeras experiencias restaurativas tuvieron lugar en torno a los años 80 sin que contaran con respaldo legal hasta la Ley nº93-2 de 4 de enero de 1993, que anexiona al artículo 41 del Código Penal Procesal Francés un último párrafo que faculta al Ministerio Fiscal, previamente a su determinación sobre la acción pública y con la conformidad de las partes, acudir a ciertas de medidas si entiende que con ellas se puede garantizar la reparación del daño, solucionar el problema fruto de la infracción y cooperar a la rehabilitación del victimario⁶⁴.

⁶² Art. 216bis Code d'Instruction Criminelle: Lorsque le procureur du Roi estime que le fait ne paraît pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, y compris la confiscation le cas échéant, et qu'il ne comporte pas d'atteinte grave à l'intégrité physique, il peut inviter l'auteur à verser une somme d'argent déterminée au Service public fédéral Finances (...).

⁶³ HEREDIA PUENTE, M. "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal".

⁶⁴ Art. 41.1 del Código Penal Procesal Francés: S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République (...) Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et

Entre estas medidas, que además son consideradas por el artículo 40.1 del Código Penal Procesal Francés como procedimientos alternativos a la persecución, se encuentran la reparación del daño, derivar a una mediación penal a las partes o proponer una composición penal. Una vez ejecutada la medida que se haya considerado más adecuada, pueden ocurrir dos cosas: si la medida se ha concluido con éxito, se procede al archivo del expediente y se renuncia a la persecución; en caso contrario, se podrá optar por acordar una composición penal o proseguir con la acción pública. Nos encontramos por tanto ante un modelo que *“interviene en el marco judicial, por mandato judicial y bajo control judicial”* en el que la Fiscalía, en base al principio de oportunidad, decide sobre la conveniencia *de la incoación del procedimiento de persecución, del archivo de la causa o de la aplicación de algún procedimiento alternativo*⁶⁵.

En Portugal, la mediación se introduce en 2007 no a través de una reforma del Código Penal o del homólogo portugués de la LeCrim, sino mediante una ley específica sobre la materia, la Ley nº 21/2007, de 12 de junio y su ulterior Reglamento⁶⁶. Hasta ese momento, las experiencias restaurativas en este país no habían sido demasiado abundantes, tan sólo se conoce un proyecto piloto desarrollado entre 2004 y 2007 por la Facultad de Derecho de Porto⁶⁷. Dicha Ley se refiere al ámbito de aplicación, al proceso de mediación en sí, tramitación, acuerdo, plazos y suspensión, presencia de abogados, costas y todo lo relativo a los mediadores⁶⁸.

En cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal tal y como señala HEREDIA PUENTE, corresponde la iniciativa al Ministerio Público durante la fase de investigación, no obstante, ofendido y denunciado pueden solicitar el inicio de la mediación si así lo desean. Siguiendo a LAMAS LEITE, el legislador requiere que *concurran indicios del hecho y de la autoría del acusado, al menos en grado de convicción necesario para formularse una eventual acusación, pues, de otro modo podría suceder que la mediación fuese entendida como una forma de continuar las investigaciones o de recoger nuevos datos*. En ese caso, y si se cumplen los requisitos para ello

dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile (...).

⁶⁵ ETXEBERRIA GURIDI, JF.; “El modelo francés de mediación penal”, en BARONA VILAR, S., “La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos”, Valencia, 2009, págs. 181-230.

⁶⁶ Se puede consultar el texto de la Ley en el siguiente enlace:
<http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf>

⁶⁷ LAMAS LEITE, A.; “El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado”, en BARONA VILAR, S., “La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos”, Valencia, 2009, págs. 289-354.

⁶⁸ GARCÍA-CERVIGÓN GARCÍA, J., “La mediación penal de adultos en Portugal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-r4.

por la Ley, el Fiscal designa un mediador. En el supuesto de que las partes no quieran continuar con la mediación o transcurridos tres meses (prorrogables dos más a instancia del mediador) no se haya alcanzado acuerdo, se comunica al Ministerio Fiscal y sigue el proceso penal. En caso contrario, se notifica al Ministerio Público y, una vez ha sido comprobada la legalidad del mismo, la propia Fiscalía homologa el acuerdo. Dicho pacto no puede incorporar sanciones privativas de libertad ni deberes que menoscaben la dignidad del victimario con una duración superior a seis meses.

En contraposición a la rigidez con la que se ha configurado la mediación penal en Portugal, cabe repasar cuál es la situación actual en Inglaterra y Gales. Pese a que en la actualidad no se recoge específicamente en la legislación inglesa el VOM sí se hace referencia a la “reparación de la víctima” en la *Criminal Justice Act* de 2003⁶⁹ además del apoyo evidente que desde los poderes público se ha dado a la mediación. Cabe destacar las publicaciones periódicas del *Ministry of Justice* sobre “*Restorative Justice Action Plan for the Criminal Justice System*”⁷⁰, además de la larga tradición restaurativa que comienza en los años 70 con “*The Joint Services Youth Support Team*” o la “*Bristol Association for the Care and Resettlement of Offenders*”.

Uno de las cuestiones que entendemos más llamativas en el caso inglés es que las vías restaurativas no se han ligado únicamente a las faltas o delitos menores. Como señala MONTESINOS GARCÍA, la pauta que se emplea en mediación está más cercana a los potenciales beneficios que pueden resultar de la mediación para víctima y victimario que a la tipología penal. Es decir, variables como el contexto social del infractor, las posibilidades de reinserción o la predisposición de la víctima cobran especial importancia, si bien es cierto que la generalidad de los delitos que se derivan a mediación en Gran Bretaña *son robos, hurtos, asaltos y actos con un mínimo de violencia personal*.

La flexibilidad es uno de los pilares sobre los que gira la mediación penal en Inglaterra; agilidad que cubre todas las áreas de la mediación: plazos, entrevistas individuales, intervención de las partes, conclusiones... Se estará fundamentalmente a las circunstancias del caso y la aptitud de las partes para elaborar un acuerdo favorable, si bien se procurará evitar una excesiva dilatación en el tiempo, puesto que en algunas ocasiones la mediación estará teniendo lugar en el curso de un proceso penal.

En cuanto al papel del Ministerio Fiscal, debido precisamente a esta flexibilidad no está tan claramente delimitado como en los casos anteriores. En cualquier caso, en la primera etapa de la

⁶⁹ Criminal Justice Act de 2003. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf

⁷⁰ Restorative Justice Action Plan for the Criminal Justice System. Ministry of Justice. Noviembre 2012.

mediación o *intake* en la que se da a conocer el caso, puede ser el Ministerio Público quien facilite la información que tiene en su poder, aunque también puede hacerlo la policía, los tribunales, los servicios de libertad condicional, un panel juvenil...⁷¹

⁷¹ MONTESINOS GARCÍA, A., “La mediación penal en Inglaterra y Gales”, en BARONA VILAR, S., “La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos”, Valencia, 2009, págs. 85-120.

5. CONCLUSIONES

La Justicia Restaurativa no es algo ajeno a la realidad de nuestro país, y como a toda realidad, se le debe dar soporte legal en forma de respuesta jurídica que contextualice su ejercicio y proporcione ciertos niveles de seguridad jurídica. Es cierto que en un ambiente como el actual se cuestiona todo lo que se venía haciendo hasta ahora y se intentan buscar nuevos modelos de trabajo que agilicen el funcionamiento, en este caso de la Administración de Justicia y aporten confianza en la viabilidad del sistema. Al fin y al cabo, quizá no sea este un mal momento para “reinventar la Justicia” y devolverle esa noción de herramienta de transformación social que entendemos esencial.

Sin embargo, los ADR no deben presentarse como la panacea del embotellamiento de la Justicia. Es evidente que los métodos alternativos de solución de conflictos pueden aliviar la carga de Juzgados y Tribunales sobre todo en jurisdicciones distintas a la penal, no obstante, el principal argumento no debe ser otro que el empoderamiento de las partes en el proceso, y en especial de la víctima, mediante la potenciación de la comunicación y la creación de nuevos instrumentos de resocialización. En este sentido han ido los movimientos victimológicos que a lo largo del tiempo se han manifestado a favor de ofrecer a la víctima la posibilidad de participar en la gestión del conflicto como herramienta de superación y reparación, también desde una perspectiva emocional. A la vez, sólo desde la libertad de decisión del ofensor se podrá lograr un clima de confianza y seguridad que permita trabajar en la responsabilización del victimario y en la toma de conciencia del daño causado para asegurar una auténtica resocialización.

A lo largo del trabajo se ha podido analizar cómo la mediación y la Justicia Restauradora en general parecen encontrarse en una suerte de contradicción. Mientras la Justicia Restaurativa se describe como una “nueva” concepción de la justicia que responde a las necesidades de las partes al mismo tiempo parece que aspira a formar parte del sistema penal. Efectivamente, no se trata de plantear un modelo paralelo de justicia penal, sino de entender la Justicia Restaurativa como vía en la que en determinados casos y siempre que se den las circunstancias que así lo aconsejen, se pueda acometer la solución del conflicto y sus consecuencias desde una posición diferente en la que los protagonistas sean las partes y la intervención judicial se articule como garante de los derechos procesales de víctima y victimario y de la legalidad del acuerdo.

En definitiva, no se defiende un método autocompositivo de solución de conflictos extraño al monopolio judicial y procesal del Estado, sino un medio autocompositivo intrajudicial e

intraprocesal que dará lugar a un pronunciamiento justificado en razones de oportunidad reglada que podrá ser, según el momento procesal en el que tenga lugar la mediación, auto de sobreseimiento o sentencia. Por tanto, no se pretende degradar el modelo penal actual, ni mucho menos desaprovechar los avances que en materia de protección de derechos se han conseguido a lo largo de su dilatada experiencia. Quizá la clave esté en entender la Justicia Restaurativa no como disyuntiva al sistema penal sino más bien como solución alternativa “dentro” del mismo, en la que más allá de la mera gestión procesal del delito se valoren otras cuestiones como el calado psicológico y social del hecho delictivo en la víctima, el infractor y la propia sociedad.

Este es sin duda uno de los retos a los que se enfrentan el Derecho Penal y el Derecho Procesal moderno: dar soporte legal no tanto a un sistema penal alternativo como a una alternativa a la terminación normal del proceso cuyo fundamento radique en el consenso de las partes. La futura regulación de la mediación en nuestro país debe además superar una dificultad añadida: asegurar el éxito de su implantación desde el pleno respeto a las garantías jurídicas del victimario y derechos fundamentales que le asisten en el proceso sin perder de vista la flexibilidad que deben tener los instrumentos restauradores.

Como se ha expuesto, la mera determinación de participar en un programa de mediación puede significar indicio de participación en los hechos susceptible de valoración judicial. Para que esto no afecte a la presunción de inocencia no debe tener consecuencias jurídicas, por ello, la decisión de participar en la mediación debe ser consecuencia exclusiva de un ejercicio de libertad de las partes, tanto para el inicio del diálogo como para mantenerse en él, cuestión especialmente relevante por las implicaciones jurídicas que pueden derivarse para el ofensor.

Una de las claves será apostar por la profesionalización del mediador que asegure tanto la viabilidad del contenido del acta de reparación, sin perjuicio del posterior control judicial, así como el respeto de los principios que deben regir la mediación (voluntariedad, independencia, imparcialidad y confidencialidad) que a la vez se articulan como garantes de los derechos procesales del victimario. Además y ante la desconfianza y temor que provoca el miedo a lo desconocido el mediador debe proporcionar toda la información necesaria sobre el funcionamiento del sistema penal, del procedimiento de mediación y su fundamento así como las consecuencias de optar por uno u otro, de manera que las partes puedan adoptar una decisión razonada.

Exceptuando el contenido del acuerdo o acta de reparación, en el que además entendemos no debiera recogerse el reconocimiento de los hechos, el Juez no debe tener conocimiento de la marcha de la mediación para garantizar la absoluta impermeabilización del mismo. Esta independencia no

significa que deba carecerse totalmente de vinculación con el proceso penal, sin embargo, entendemos más adecuado que sea la Fiscalía quien lleve a cabo esta función, respetando en todo caso la autonomía del proceso de mediación, a la manera que ocurre en otros países europeos.

Sin duda, otro de los puntos en los que hay que trabajar en el campo de la Justicia Restaurativa es en una adecuada política de difusión. Desde los Poderes e Instituciones Públicas deben darse a conocer de manera que no resulten extraños a la ciudadanía y tampoco a los operadores jurídicos. Ministerio Fiscal y abogados estarán en un futuro muy próximos a la Justicia Restaurativa, desempeñando cada uno un papel diferente pero esencial para el éxito de la mediación. En relación a los abogados, aunque no entendemos aconsejable su presencia en las reuniones, es indiscutible la importancia de su papel informador en cuanto al respeto de los derechos fundamentales, consecuencias penológicas y para la continuación del proceso.

Como consideración final, cabe realizar una reflexión crítica en torno a lo que un sector de la doctrina ha considerado como los tres ejes básicos de la mediación: deslegalización, desjudicialización y desjuridificación⁷². Tras el modesto acercamiento a la Justicia Restaurativa que ha supuesto este trabajo entendemos que estas ideas requieren matización.

Si bien es cierto que una excesiva regulación asfixiaría los objetivos restaurativos, no consideramos que la mediación deba ser una opción totalmente deslegalizada en tanto en cuanto defendemos que su introducción en el Código Procesal y Penal así como el establecimiento de cuáles sean sus líneas generales, irá sin duda en favor del respeto a las garantías procesales de víctima y victimario. Tampoco debe ser una alternativa íntegramente desjudicializada, puesto que si bien son las partes las que consensuan cuál sea el acuerdo de reparación el papel del juez será el de garante de la legalidad del acuerdo y de las consecuencias del mismo. Y tampoco compartimos una completa desjuridificación, en el sentido de que la mediación debe formar parte del ordenamiento puesto que, como se decía al principio de estas conclusiones, es precisamente el sistema el que debe adecuarse a las necesidades de la realidad social ofreciendo nuevas respuestas a nuevas demandas.

⁷² “La mediación, por tanto, se desarrolla sobre tres ejes: a) la deslegalización, puesto que la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión; b) la desjudicialización, toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y c) la desjuridificación, ya que el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”. Párrafo extraído de ORTUÑO-MUÑOZ, JP., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, p. 8, citado en GONZÁLEZ CANO, M^a I., “La mediación penal en España” en BARONA VILAR, S., “La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos”, Valencia, 2009, págs. 85-120.

6. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BARONA VILAR, S. (2009). La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile). Valencia: Tirant.

BECCARIA, C. (2011). De los delitos y de las penas. Madrid: Trotta.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ, H. (2012). Sobre la mediación penal: posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.

GONZÁLEZ PILLADO, E., y MORENO CATENA, V. (2009). El proceso penal de menores. Valencia: Tirant lo Blanch.

GORDILLO SANTANA, L.F. (2007). La justicia restaurativa y la mediación penal. Madrid: Iustel Publicaciones.

MIR PUIG, S. (2009). Derecho penal: parte general. Barcelona: Reppertor.

RÍOS MARTÍN, J. C. (2008). La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Madrid: Colex.

UMBREIT, M. S., y BRADSHAW, W. (1998). Victim offender mediation training manual. University of Minnesota.

ARTÍCULOS

- CAPDEVILA, M., y FERRER, M. (2009). Taxa de reincidència penitenciària 2008. Àmbit Social i Criminalògic. Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat De Catalunya. Departament De Justícia.
- CID MOLINÉ, J. (2002). El sistema penitenciario en España. Jueces Para La Democracia. Dialnet (45), 15-27.
- ESQUINA VALVERDE, P. (2006). La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España? Revista Penal, 1, 200.
- GARCÍA-CERVIGÓN GARCÍA, J. (2010). La mediación penal de adultos en Portugal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (12).
- GORDILLO SANTANA, L.F. (2006). Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal. Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja, REDUR, (4), 7.
- HEREDIA PUENTE, M. (2009). Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el ministerio fiscal. Diario La Ley, (7257).
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. (2012). La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal. Criminología y Justicia, (4), 15-20.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C. (2003). ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? Revista Española De Investigación Criminológica (REIC), (1), 3.

- MAGRO SERVET, V. (2010). El nuevo Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Diario La Ley, (7495).
- MARTÍNEZ SOTO, T. (2011). Mediación penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido. Revista Internacional De Estudios De Derecho Procesal y Arbitraje (RIEDPA), (1), 3-44.
- MUERZA ESPARZA, J. (2011). La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro. REDUR, (9).
- MUERZA ESPARZA, J. (2013). Derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos en la Unión Europea. Actualidad Jurídica Aranzadi (857).
- ORTUÑO-MUÑOZ, JP. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2007). Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Documento de trabajo 110/2007. Fundación Alternativas.
- RÍOS MARTÍN, J. C., ESCAMILLA MARTINEZ, M., BERNABÉ SEGOVIA, J. L., GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA, P., y ARBELO JIMÉNEZ, M. Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008).
- SOLÉ RAMÓN, A.M. (2010). La protección de la víctima en la Ley Penal del Menor. Revista Iuris, 45.
- SORIA, M., ARMADANS, I., VINAS, M. R., y MANZANO, J. (2008). Mediación penal adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas. Revista De Psicología Social, 23(2), 163-169.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EUSKADI. Memoria 2012 del Servicio de Mediación Intrajudicial del Gobierno Vasco. Recuperado de <http://www.justizia.net/noticias/el-servicio-de-mediacion-intrajudicial-recibio-1262-casos-el-ano-pasado>

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EUSKADI. Protocolo de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial: procedimiento de mediación penal. Recuperado de http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Dprotocolo_mediaci%C3%B3n_penal_junio2012_2_.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290508384137&ssbinary=true

CONFIANZA EN LA JUSTICIA: Resultados Principales de la 5ª Edición de la Encuesta Social Europea. Recuperado de http://www.upf.edu/ess/_pdf/5a-ola/Informes/RPESS1.pdf

GEMME. Notas sobre mediación penal en España. Recuperado de: <http://www.gemme.eu/nation/espana/article/notas-sobre-mediacion-penal-en-espana>.

GORDILLO SANTANA, L.F. El proyecto piloto de mediación penal en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Recuperado de http://www.larioja.org/upload/documents/474209_programa_piloto.pdf

JUECES PARA LA DEMOCRACIA. La realidad penitenciaria ante el populismo punitivo. Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2012/xjpdupf/LA%20REALIDAD%20PENITENCIARIA%20ANTE%20EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>

MINISTERIO DEL INTERIOR. Evolución de la Criminalidad. Balance 2011. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/file/55/55620/55620.pdf>

NACIONES UNIDAS. Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. Recuperado en [https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20VAW%20(Spanish).pdf)

QUERALT JIMÉNEZ, J. La mediación penal en España y perspectivas internacionales. Recuperado en www.alfonsozambrano.com/.../conf-mediacion_perspectivas.doc

ARTICULOS DE PRENSA

PERE, RIOS (2009, 5 de agosto). Muchos presos para tan pocos delitos. El País.

POZUELO PÉREZ, L., y GÓMEZ-ALLER, D., (2012, 29 de agosto). Los medios y las penas. El Diario.Es

TESIS DOCTORALES

PASCUAL RODRIGUEZ, E. (2012). La mediación en el sistema penal: memoria para optar al grado de doctor. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid.

LEGISLACIÓN

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292367253500?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition>

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en www.mjusticia.gob.es

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Disponible en

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Guia_y_Protocolos_de_actuacion/Convenio_del_Consejo_de_Europa_sobre_prevenccion_y_lucha_contra_la_violencia_contra_las_mujeres_y_la_violencia_domestica

Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:es:PDF>

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Disponible en <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Ley de Enjuiciamiento Criminal (España). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>

Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13022

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2003/09/30/pdfs/A35398-35404.pdf>

Ley Orgánica 15/2003, de de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/26/pdfs/A41842-41875.pdf>

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/05/pdfs/A42700-42712.pdf>

Recomendación nº R (99) de 15 de septiembre de 1999 de Consejo de Ministros sobre la mediación en materia penal. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:243:0004:0008:ES:PDF>

Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:187:0001:0005:ES:PDF>

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Code d'Instruction Criminelle (Bélgica). Disponible en http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1808111930%2FF&caller=list&row_id=1&numero=7&rech=9&cn=1808111930&table_name=LOI&nm=1808111901&la=F&dt=CODE+D%27INSTRUCTION+CRIMINELLE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27D%27%26+%27INSTRUCTION%27%26+%27CRIMINELLE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=43&imgcn.y=6

Code de Procédure Pénale (Francia). Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0313D8E33A68F30A80D548E3E3A294DD.tpdjo05v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006167418&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20130516

Criminal Justice Act de 2003 (Reino Unido). Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf

Ley 21/2007 (Portugal). Disponible en <http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf>

MINISTRY OF JUSTICE. Restoritative Justice Action Plan for the Criminal Justice System. www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/162265/restorative-justice-action-plan.pdf

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 75/2007, de 16 de abril. Antecedente segundo.