

Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal.

Considerations about restorative justice in the Spanish criminal justice system.

Ignacio Flores Prada

Profesor Titular de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Público
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
iflopra@upo.es

Fecha de Presentación: junio 2015. Fecha de Publicación: septiembre 2015.

Resumen.

Desde la segunda mitad del siglo XX es posible advertir en los sistemas jurídicos occidentales una progresiva pérdida de confianza en las fórmulas judiciales de solución de conflictos y un paralelo crecimiento de métodos alternativos, basados fundamentalmente en el arbitraje, la conciliación y la mediación. Esta tendencia ha alcanzado también al proceso penal, un ámbito tradicionalmente ajeno a las fórmulas autocompositivas de solución de conflictos, con una fuerza notable y un impulso visible entre finales del siglo XX y principios del XXI. La implantación de la mediación penal, su compatibilidad con los principios, garantías y derechos fundamentales procesales, y el reconocimiento de facultades decisorias a la víctima en relación con la responsabilidad penal de los presuntos autores constituyen, en la actualidad, importantes desafíos para el proceso penal en el marco de un replanteamiento y una reflexión general sobre la eficacia, los cauces y los objetivos de los modernos sistemas acusatorios de justicia penal.

Abstract.

From the second half of the 20th century it is possible to notice in the legal western systems a progressive loss of confidence in the judicial ways of conflicts solution and a parallel growth of alternative methods, based fundamentally on arbitration, conciliation and mediation. This trend has also reached to the criminal procedure, a scope traditionally foreign to the Alternative Dispute Resolution [ADR], with a notable force and a visible impulse, between the end of the 20th century and the beginning of the 21st century. The implementation of the penal mediation, its compatibility with the principles, guarantees and fundamental rights of the process, and the recognition of the victim's decision-making powers with regard to the criminal responsibility of the alleged authors constitute, in this age, formidable challenges to the criminal procedure in the frame of a rethinking and a general reflexion about the efficacy, the courses and the aims of the modern accusatory systems of the penal justice.

Sumario

1. PLANTEAMIENTO.
2. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: ¿UNA ALTERNATIVA AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO?
 - A. Concepto.
 - B. Principios para un nuevo modelo de justicia penal.
 - a) Cambio de paradigma.
 - b) Una tercera vía para la justicia penal.
3. HUIDA DEL MODELO VIGENTE DE JUSTICIA PENAL Y ORIGEN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.
 - A. La crisis funcional de los modelos vigentes de justicia penal.
 - B. Los factores añadidos por la crisis estructural de la justicia penal europea.
 - C. Huida del proceso penal y búsqueda de soluciones alternativas a la jurisdicción.

4. BASES NORMATIVAS.

A. Normativa Internacional.

- a) Naciones Unidas.
- b) Consejo de Europa.
- c) Unión europea.

B. Iniciativas legislativas en Derecho comparado.

5. MÉTODO Y PRINCIPIOS FUNCIONALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

A. Principios fundamentales de la mediación.

B. Esquema básico de funcionamiento práctico.

- a) Ámbito de aplicación.
- b) Iniciativa.
- c) Acuerdo de remisión a la mediación.
- d) Tramitación del procedimiento.

6. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA.

A. La mediación en el proceso penal de menores.

B. La aplicación alegal de métodos de justicia restaurativa en el proceso penal español de adultos.

- a) Presupuestos iniciales.
- b) La mediación antes de la incoación del proceso penal.
- c) La derivación a la mediación de una causa penal en fase de instrucción.
- d) La derivación a la mediación de una causa penal en fase de juicio.
- e) La mediación en la fase de ejecución penal.

C. La justicia restaurativa en los Proyectos de reforma del Proceso Penal español de 2011 y 2013.

7. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A. Ventajas e inconvenientes.

B. Conclusión

Palabras clave

Acuerdo, Autocomposición, Conciliación, Confidencialidad, Delito, Garantías procesales, Justicia restaurativa, Mediación, Reparación, Víctima, Victimario.

Keywords

Agreement, Auto-composition, Conciliation, Confidentiality, Offense, Procedural safeguards, Restorative justice, Mediation, Repair, Victim, Victimizer.

1. - PLANTEAMIENTO.

Desde la segunda mitad del siglo XX es posible advertir en los sistemas jurídicos occidentales una progresiva pérdida de confianza en las fórmulas judiciales de solución de conflictos y un paralelo crecimiento de métodos alternativos, basados fundamentalmente en el arbitraje, la conciliación y la mediación¹.

El racionalismo y el positivismo sentaron durante el siglo XIX las bases de un modelo jurídico construido sobre el proceso como método preferente de solución de conflictos, y sobre la exclusividad judicial como referente del poder de decisión. Este fue, básicamente, el hard law de los códigos procesales decimonónicos que consintió, aunque limitadamente, un soft law basado en la autonomía privada y aplicable únicamente en el campo de los derechos disponibles a través de limitadas fórmulas transaccionales y arbitrales.

Este hard law procesal basado en el principio de legalidad procesal y en la preferencia de la solución judicial del conflicto nació muy condicionado por un principio elemental de eficacia, al menos en el campo del Derecho privado. Considerando la justicia no como poder sino como servicio público, era evidente que en cuanto los tribunales no lograran satisfacer adecuadamente la tutela jurídica de los derechos disponibles, señaladamente de los derechos patrimoniales y mercantiles en conflicto, se produciría inevitablemente una huida de la jurisdicción para buscar

¹ Vid., entre otros, BARONA, Comentarios a la Ley de Arbitraje, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 62; GORDILLO SANTANA, La Justicia restaurativa y la mediación penal, Iustel, Madrid, 2007, págs. 133 y ss.

métodos alternativos capaces de garantizar adecuadamente la protección de los derechos, empezando por los más influyentes en el motor económico de la sociedad, como son los obligacionales en general, y los de crédito en particular.

Aunque algunas luces de alarma se habían encendido ya a partir de la segunda mitad del pasado siglo, no será hasta la década de los años sesenta y setenta cuando, coincidiendo con el desarrollo y expansión económica occidental tras la segunda guerra mundial, comience a advertirse una preocupante falta de eficacia judicial ante las crecientes demandas de tutela generadas en las modernas y complejas sociedades desarrolladas.

Un modelo procesal y una estructura judicial pensados para sociedades rurales de economía agraria se mostraron pronto incapaces de satisfacer las demandas de tutela del nuevo orden socio-económico, en el que el crecimiento industrial, la concentración urbana, la progresiva globalización de los mercados y el aumento de la riqueza familiar, produjeron una multiplicación en el número y complejidad de los conflictos que terminaron por generar el colapso del sistema judicial y la desconfianza en un modelo procesal anclado por entonces en los esquemas del siglo XIX.

Frente a una sociedad que demandaba agilidad y seguridad en el tráfico jurídico como soporte sólido para el crecimiento económico, la justicia ofrecía jueces poco especializados, procesos lentos y caros, escasos índices de previsibilidad en las resoluciones y prácticamente ninguna solución para la progresiva internacionalización de los conflictos mercantiles².

En este contexto se explica que los operadores jurídicos comenzaran a buscar soluciones eficaces fuera del *hard law* jurisdiccional, poniendo primero la vista en la recuperación del arbitraje y después, progresivamente, en el impulso de métodos autocompositivos como la conciliación y la mediación. Lo que en la década de los setenta y ochenta comenzó siendo un tímido abandono de la jurisdicción de los tribunales, localizado en determinadas parcelas del derecho privado, ha llegado a ser calificado como huida y casi fuga en los primeros años del siglo XXI, llegando las fórmulas de *soft law*³ de solución de conflictos a alcanzar en la actualidad

² Vid. TARUFFO, «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización», en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 3, 1999; según señala el autor, en la reciente proliferación de los sistemas llamados de ADR influye sobremanera «la inadecuación y la crisis de funcionalidad y eficiencia que caracteriza a la justicia estatal en muchos ordenamientos. Donde la justicia pública es lenta (*justice delayed justice denied*) costosa, poco accesible e incapaz de proveer una tutela efectiva de los derechos, es inevitable que se piense en otros métodos para resolver controversias que justamente se sitúan “fuera de la jurisdicción».

³ Sobre la calificación de las iniciativas de justicia restaurativa como justicia blanda frente a la justicia dura del modelo jurisdiccional clásico véase el trabajo de Philip MILBURN titulado «Mediación y nuevos modelos de justicia

parcelas jurídicas tan tradicionalmente ajenas a la disponibilidad y la transacción como la justicia penal⁴.

Esta progresiva penetración del soft law de solución de conflictos en la justicia penal constituye el objeto de este breve trabajo. En él se pretenden señalar algunas de las claves fundamentales de un movimiento moderno y de extraordinaria fuerza que, bajo la denominación común de Justicia Restaurativa y dentro de la llamada cultura de la paz⁵, reúne diversas vías, fórmulas y métodos a través de los cuales se viene introduciendo de forma gradual la autonomía de la voluntad en la solución de conflictos penales⁶.

ciudadana. La mediación penal o las ambivalencias de la penalidad hipermoderna», dado a conocer como conferencia inaugural del I Congreso Internacional de Mediación y Convivencia, celebrado en Gandía los días 6 y 7 de noviembre de 2006. El texto puede consultarse en la página web:

www.gandia.org/ajuntament/gestio/general/documents/PONENCIAPHILIPMILBURN.doc

⁴ Como señala MONTERO, Principios del proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, en el ámbito del proceso penal «el Estado produjo una cierta “expropiación” de los derechos subjetivos penales, de modo que estos no existen en manos de los particulares. El único que tiene derecho a imponer penas es el Estado, y para él no se trata de un verdadero derecho sino de un deber que ha de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna». Como fundamento de la introducción de ADRs en el proceso penal se afirma, en sentido contrario, que «Una sociedad responsable debe tener resortes propios para la gestión de los conflictos al margen del procedimiento establecido por el Estado para canalizar los problemas más graves, esto es, el proceso penal», vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal comunitaria de adultos: experiencia y propuestas de lege ferenda», pág. 3. El texto puede consultarse en la página web: www.scribd.com/word/fragment/35472513/MEDIACION-PENAL-ANALISIS-Y-PROPUESTAS. Un completo y profundo estudio sobre justicia penal consensuada puede consultarse en CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996; vid. también RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias en derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

⁵ De acuerdo con la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de la Paz adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 53/243, de 13 de septiembre de 1999, la Cultura de la Paz puede definirse como el «conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados, entre otros aspectos, en el respeto a la vida, el fin de la violencia, y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo, la cooperación y el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos». Sobre la vinculación entre la justicia restaurativa, la mediación y la cultura de la paz vid. ampliamente, PASQUAL DEL RIQUELME, «Mediación penal: marco conceptual y referentes», Informe elaborado dentro de los trabajos de Programa Eurosocial y de la COMJIB, julio de 2013, págs. 17 y ss.

⁶ La bibliografía sobre la justicia restaurativa ha crecido significativamente en los últimos años. Una amplia relación puede consultarse en la monografía de GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Lustel, Madrid, 2007.

2.- CONCEPTO Y ALCANCE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: ¿UNA ALTERNATIVA AL IUS PUNIENDI DEL ESTADO?

Tal y como acabamos de señalar, la llamada justicia restaurativa⁷ es un movimiento amplio, de contenido heterogéneo, y todavía en formación⁸, en el que convergen distintas tendencias y corrientes, cuyo elemento común consiste en fomentar el uso de métodos de consenso para la solución de conflictos penales⁹. Esta complejidad obliga a manejar un concepto amplio, capaz de expresar, al tiempo, lo esencial del movimiento y la diversidad de sus manifestaciones.

A) Concepto

La justicia restaurativa puede definirse como un movimiento de reforma y modernización del sistema de justicia penal que propugna la reparación integral del daño causado por el delito como objetivo fundamental y el consenso entre víctima, infractor y sociedad como método para la óptima solución del conflicto penal¹⁰.

Lo esencial de la justicia restaurativa descansa en tres ideas fundamentales:

* La víctima debe ser la principal protagonista del sistema de justicia penal, y debe tener un papel activo en la solución del conflicto.

Desde esta perspectiva, la justicia restaurativa entronca con la moderna evolución de la victimología, que tras abandonar las etapas de la victimología etiológica (análisis del papel de la

⁷ La expresión justicia restaurativa fue acuñada, como recuerda TAMARIT SUMALLA, «La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal de los menores», en Justicia penal de menores y jóvenes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 50, en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y desarrollada posteriormente en otros encuentros internacionales como el celebrado en Adelaida (Australia) en 1994, el de Amsterdam en 1997, o el de Montreal en 2000.

⁸ Vid, una introducción a los fundamentos de la justicia restaurativa, GARCIANDÍA GONZÁLEZ, «Regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos», en Sobre la mediación penal, (GARCIANDÍA/SOLETO dir.) Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 414 y ss.

⁹ Sobre la justicia restaurativa puede encontrarse abundante información, tanto bibliográfica como estadística, en la página web: www.restorativejustice.org. Recientemente ha aparecido la obra ya citada Sobre la mediación penal, dirigida por GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SOLETO MUÑOZ, publicada por Aranzadi, Navarra, 2012, con abundantes aportaciones y bibliografía actualizada.

¹⁰ En parecidos términos vid. SUANZES PÉREZ, «La Justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores», en Soluciones alternativas al proceso, Centro de Estudios Judiciales, Estudios del Ministerio Fiscal, pág. 3314.

víctima desde una óptica estática y neutra en la infracción penal) y la victimografía (análisis de la victimología desde la estadística y desde categorías estructurales), se sitúa en la actualidad en la fase denominada victimología de la acción, que pone el acento en la víctima individual, en su papel en el proceso y en la efectiva reparación del daño (material y emocional) causado por el delito.

* El objetivo prioritario del proceso penal debe ser la reparación integral del daño causado por el delito¹¹.

Como acabamos de ver, la moderna doctrina penal y procesal impone como una de las claves del moderno proceso penal la reparación del daño causado por el delito¹². En esta línea, es verdad que, en los últimos años, los sistemas penales han potenciado las garantías de reparación económica (condicionando los beneficios penitenciarios a la satisfacción de las reparaciones, modernizando las medidas cautelares reales y la investigación del patrimonio, agilizando los embargos y buscando alternativas a las tradicionales subastas judiciales de bienes), pero también es cierto que queda un importante trecho por recorrer en el campo de la reparación emocional.

Es precisamente en este terreno de la reparación emocional en el que la justicia restaurativa impulsa un importante avance en cuanto trata de lograr un consenso entre agresor y víctima que pase por una explicación del victimario acerca de las razones de su comportamiento, por un reconocimiento de culpa¹³ y por un compromiso de rehabilitación.

Se trata, en definitiva, de que la herida causada por el delito no se cierre en falso, sino que cicatrice dejando la menor huella negativa en la víctima. Ello no se consigue sólo con la condena penal, que en la mayor parte de los casos separa y enfrenta a agresor, víctima y sociedad¹⁴. El camino para la reparación integral del daño pasa, en muchos supuestos, por el diálogo entre

¹¹ Esta debe ser, a juicio de MARTÍNEZ ARRIETA, la tercera consecuencia jurídica, junto a la pena y la medida de seguridad, del moderno sistema de justicia penal; vid. , «La mediación y su incorporación al proceso penal español», en I Jornadas sobre Mediación Penal y Drogodependencias, Madrid, 3 y 4 de octubre de 2002, pág. 60. El texto completo puede consultarse en la web: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/JornadaMediacPenal.pdf>.

¹² Vid., por todos, MORENO CATENA, Derecho procesal penal, (con CORTÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 37 y ss. Sobre la centralidad de la reparación en los fundamentos de la justicia restaurativa vid. ampliamente BORDALÍ, «Justicia Privada», en Revista de Derecho, vol. XVI, julio de 2004, pág. 175, nota 29.

¹³ Sobre la importancia del reconocimiento de culpa vid., entre otros, MARTÍNEZ ARRIETA, «La mediación...», cit., pág. 65 y ss.

¹⁴ Vid, CHRISTIE, Los límites del dolor, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, págs. 134 y ss.

infractor y víctima, por el reconocimiento de culpa, por el perdón de la víctima, y por la compensación a esta desde el punto de vista económico y emocional¹⁵.

* El método fundamental de trabajo de la justicia restaurativa es la mediación¹⁶, cuyo éxito pasa por fomentar en las partes (víctima y victimario) la capacidad de diálogo, consenso y acuerdo.

El tercer eje de la justicia restaurativa consiste, en efecto, en la introducción de las técnicas de negociación y acuerdo en la justicia penal a través de la mediación. Se trata, probablemente, de la principal novedad que propone este movimiento, constituyendo una verdadera revolución para los principios y esquemas clásicos del enjuiciamiento criminal, basados como se sabe en el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal y en la indisponibilidad de las pretensiones que se discuten en la justicia penal.

Hasta ahora, la reducida parcela del acuerdo se limitaba al ámbito de la conformidad, establecida básicamente entre la acusación y la defensa, sin participación decisoria de la víctima. El acuerdo que propone la justicia restaurativa a través de la mediación cambia los protagonistas: se establece entre víctima y agresor, fomenta el diálogo, el entendimiento y la reparación emocional¹⁷, y puede condicionar, e incluso llegar a desactivar, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

¹⁵ Como recuerda SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «La mediación penal comunitaria: la experiencia de la Asociación Apoyo en los Juzgados de Madrid», en I Jornadas de Mediación Penal, Madrid 3 y 4 de octubre de 2002, pág. 11, «La respuesta penal no cicatriza heridas. Cuando el infractor sale de prisión, sale con más odio que con el que entró. La mediación permite que eso no sea así. Las partes han podido dialogar y enfrentar el problema que les unía. El vecino-víctima va a comprender la situación del infractor.» El texto puede consultarse en la página web: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/JornadaMediacPenal.pdf>.

¹⁶ De acuerdo con las Directrices de Naciones Unidas para una mediación eficaz (A/66/811, 25 de junio de 2012), la mediación es «un proceso por el que un tercero ayuda a dos o más partes, con su consentimiento, a prevenir, gestionar o resolver un conflicto, ayudándolos a alcanzar acuerdos mutuamente aceptables». La mediación penal es definida por el Consejo de Europa como «cualquier proceso en el que la víctima y ofensor están capacitados, si ellos libremente consienten, para participar activamente y con ayuda de un tercero imparcial (mediador) en la resolución de las cuestiones surgidas por la comisión de un delito» (Regla 1 de la Recomendación N° R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación Penal).

¹⁷ Se ha dicho, no sin razón, que el sistema por el que se llega al acuerdo es tan valioso como el acuerdo mismo: DÜNKEL, «La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado», en *Victimología* (Beristáin Ipiña y de la Cuesta) Universidad del País Vasco, 1990, pág. 143. Esta es también la tesis de CHRISTIE, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 128: «En el código penal, los valores están aclarados a través de una graduación en la imposición del dolor [...] en la justicia participativa, el mismo resultado (la aclaración de valores) se logra en el proceso mismo. La atención pasa del resultado final al proceso». Sobre la gestión del dolor y la asunción

B) Principios para un nuevo modelo de justicia penal

a) Cambio de paradigma¹⁸

La justicia restaurativa no pretende sólo una modernización del sistema de justicia penal sino que supone un verdadero cambio de paradigma en el modelo y en el fundamento de la solución a los conflictos penales¹⁹.

* El cambio de paradigma es, en primer lugar, subjetivo. En la época que llamamos moderna del Derecho y del proceso penal, que arranca a principios del siglo XIX con el nacimiento del Estado de Derecho, el protagonismo inicial corresponde fundamentalmente a la sociedad, víctima principal del delito y primera interesada en su investigación y castigo. Durante esta primera etapa, el proceso penal se construye sobre la idea fundamental del monopolio jurisdiccional y de la idea del *ius puniendi* del Estado, entendido como el derecho-deber de castigar los delitos, asumido por el poder público en régimen de exclusividad. El autor, el imputado, el presunto culpable no es, en esta etapa inicial, más que un mero objeto del proceso; la parte pasiva necesaria frente a la que se dirige la actividad investigadora y sancionadora del Estado. La víctima, menos aún que un convidado de piedra: un perdedor por partida doble²⁰.

de responsabilidad en la solución de conflictos penales vid. RÍOS MARTÍN, «La mediación penal...», cit., págs. 161 y ss.

¹⁸ Sobre la justicia restaurativa y la mediación penal como cambio de paradigma en la justicia penal vid. ORTUÑO/HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», Laboratorio de Alternativas, 2007, págs. 59 y ss.

¹⁹ Como indican SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal... », cit., pág. 10, «No estamos en presencia de una nueva herramienta, más humana, del sistema penal, sino de una forma nueva de releer y cuestionar no sólo el sistema penal sino el propio sistema social. En definitiva, no se trata de humanizar un modelo de justicia obsesivamente centrado en la idea del castigo y la expiación, sino de reformular todo desde el diálogo, la reparación del daño y la nivelación de las asimetrías sociales, de procurar propiamente la justicia.» En esta misma línea MESTRE DELGADO, «Una alternativa cargada de futuro», en La Ley Penal, núm. 44, diciembre de 2007, al señalar que «... Se trata de la mediación penal, sistema concebido como alternativa a la aplicación del entero sistema punitivo estatal (y también superador, obviamente, de la venganza privada) pero que está imbricándose en él y provocando, a través de hitos significativos, su evolución».

²⁰ Vid. CHRISTIE, Los límites..., cit., pág. 126: «La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales». En el mismo sentido vid. BERISTÁIN, Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 230.

Las transformaciones del Estado de Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX propiciaron la aparición del moderno Estado constitucional y, con él, la instauración de un régimen material y efectivo de derechos y garantías fundamentales reconocidas a los ciudadanos frente a los poderes públicos. En este marco, el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías del proceso justo vienen a configurar un proceso penal equilibrado, construido sobre la confrontación entre el derecho de castigar del Estado y el conjunto de derechos y garantías fundamentales del imputado, con la presunción de inocencia a la cabeza.

En los últimos años, cabe afirmar que el modelo dual de proceso penal Estado-imputado está comenzando a transformarse en un trípode, aún imperfecto²¹, formado por el Estado, el imputado, y la víctima²², por más que ésta última no haya adquirido aún categoría de protagonista principal del drama penal²³.

Y es precisamente en este punto de evolución, hasta ahora lineal, en el que aparece la justicia restaurativa como fundamento de un nuevo modelo de justicia penal. El cambio de paradigma subjetivo al que nos venimos refiriendo supone no sólo incorporar a la víctima al esquema de protagonistas del proceso penal; supone otorgarle nada más y nada menos que el máximo

²¹ El propio Tribunal Supremo español está dando pasos en este sentido, de los que es buen ejemplo la sentencia de 6 de octubre de 1998, en la que se afirmaba que «Con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del Art. 21,5ª CP, lo cierto es que -como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa- es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos. En el caso presente, estamos en presencia de una contribución positiva simbólica, que puede ser considerada como una aportación del acusado al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma».

²² Para MARTÍNEZ ARRIETA, «La mediación...», cit., pág. 59, señala con claridad que «Al Estado denominado de bienestar debe corresponder un proceso de corte conciliador donde el Juez debe ser el árbitro de una situación originariamente conflictiva para cuya solución brinda una organización destinada a tratar de resolver el conflicto surgido por el delito. La resolución del conflicto no ha de pivotar exclusivamente sobre el Estado, solución vertical, imponiendo una pena, sino que ha de conjugar la verticalidad y la horizontalidad, dando juego a interlocutores sociales, recuperando el diálogo como vía solucionadora del conflicto.»

²³ La justicia restaurativa impone una nueva nomenclatura para distinguir distintos niveles de afectación por el delito; así se habla de partes interesadas primarias (entre las que están los agresores, las víctimas directas y sus familiares) y partes interesadas secundarias (la sociedad en general, dentro de la que también se distingue entre los vecinos y los funcionarios de justicia penal). Vid. MC COLD/WACHTEL, «En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa», Ponencia presentada al XIII Congreso Mundial sobre Criminología, Río de Janeiro, Brasil, agosto de 2003. El texto completo de la ponencia puede verse en: <http://www.realjustice.org/library/paradigmspan.html>

protagonismo, reconociéndole poder de decisión, de dominio sobre la solución penal, que puede llegar a ser el resultado de una proposición de la víctima, o de una negociación entre ella y el presunto autor de los hechos. Ya no negocia (o no únicamente) la acusación sino la víctima, y puede hacerlo con facultad de solución definitiva del conflicto a través de la sanción judicial del acuerdo.

* El cambio de paradigma es, en segundo lugar, metodológico. La justicia restaurativa impone una modificación en la estructura de decisión del proceso penal, que pasa de ser vertical a horizontal²⁴.

El método fundamental de la justicia restaurativa se basa en el diálogo, en el consenso y en el acuerdo, propiciados a través de la intervención de un tercero que actúa como mediador. En este modo de proceder se diluye la figura del juez como tercero imparcial que dirige el debate y que impone una decisión; el juez sólo garantiza, cuando proceda, el acceso a la mediación, ratificando o encauzando procesalmente el acuerdo si cumple las exigencias legales.

La justicia restaurativa impone, a través de la mediación, una estructura horizontal de decisión, en la que el protagonismo absoluto corresponde a las partes, cuyas actitudes son las únicas determinantes en la solución del conflicto penal. La elección de la mediación como técnica de encuentro subraya esta idea de horizontalidad ya que el mediador interviene, al mismo nivel que las partes, buscando o propiciando puntos de encuentro que hagan viable una solución de consenso²⁵.

* El cambio de paradigma enlaza, por último, con los objetivos o fines de la justicia penal. En la justicia restaurativa, la idea de reparación del daño es esencial, y se vincula con los nuevas

²⁴ Como ha señalado FERNÁNDEZ BERMEJO, «La mediación penal en nuestro sistema jurídico: de la teoría a la práctica», en I Jornadas sobre Mediación Penal y Drogodependencias, Madrid, 3 y 4 de octubre de 2002, pág. 21, «El fundamento del sistema actual es la heterocomposición. Los problemas se solventan porque viene un tercero dotado de autoridad, toma una decisión y sobre un papel da la respuesta. Esta es más o menos la base del sistema heterocompositivo basado en un sistema vertical de solución de problemas, donde se prescinde de la horizontalidad, de aquellos que están implicados en el conflicto, en todo o absolutamente. ¿No será que ese fundamento casa mal con el estado colectivo y de nivel intelectual y de exigencias en una sociedad democrática? ¿No será que el sistema vertical puro, de solución de conflictos que renuncia a ser ayudado, complementado por otras modalidades más horizontales, basados en otras técnicas, es propio de modelos organizativos lineales, de jerarquía pura y dura, en definitiva no democráticos y que a la sociedad democrática le conviene por esencia participar en la solución de los conflictos?. En la dirección: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/JornadaMediacPenal.pdf>. puede verse el texto íntegro de su ponencia.

²⁵ Vid. ORDEÑANA, «Mediación penal...», cit., pág. 1945.

teorías sobre el fundamento y la finalidad de la pena²⁶. Si el acuerdo entre agresor y víctima puede influir o condicionar la decisión judicial, eliminando la pena, reduciéndola o sustituyéndola por una alternativa, es porque la reparación directa entra a formar parte de la modulación de la respuesta penal frente al hecho delictivo, influye en la individualización de la pena, en su contenido, extensión y en su misma necesidad. La idea de la reparación y la participación de la víctima en la respuesta penal aportan un elemento modernizador en la construcción de los fines de la justicia penal. Como señala QUINTERO²⁷, «si se abandona la obsesión retribucionista, la sociedad puede llegar a prescindir de la pena si considera que ésta es innecesaria, y lo será en todos aquellos casos en los que su imposición no sea precisa para mantener el orden social [...] la defensa del principio de retribución no puede ser llevada hasta el extremo de justificar en su nombre toda imposición de castigos, sean o no necesarios a la sociedad».

Esta centralidad de la reparación subraya la vocación restauradora de la nueva justicia penal y su carácter eminentemente humanista, conforme al cual el delito, en la mayoría de los casos, no es sólo ni principalmente un ataque a la sociedad, sino un daño causado a personas concretas²⁸. En la medida en que, en tales casos, el daño resulte efectivamente reparado a satisfacción de la víctima, la justicia penal habrá cumplido su finalidad (o la parte más importante de ella) en una sociedad democrática.

b) Una tercera vía para la justicia penal

Un retribucionismo moderado, construido sobre penas proporcionales, impuestas bajo el principio de legalidad, y completado en un estadio posterior con las ideas de prevención general y especial, constituye una de las aportaciones fundamentales del Estado liberal a la modernización del Derecho penal tras la caída del Antiguo Régimen. La principal virtud de esta etapa de la ciencia penal fue enterrar, bien enterrado, el modelo anterior, poniendo las bases que permitieron el desarrollo y la democratización del derecho penal en el curso de las transformaciones del Estado de Derecho.

Esa democratización llegó para muchos con las constituciones del llamado Estado social en la segunda mitad del siglo XX. El nuevo marco constitucional impulsó una segunda etapa en el

²⁶ Vid. ampliamente, MORENO CATENA, Derecho procesal..., (con CORTÉS), págs. 37 a 41.

²⁷ Vid. Manual de Derecho Penal, (con MORALES PRATS y PRATS CANUTS), Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 127 y 128.

²⁸ Vid. Justicia restaurativa vs Justicia retributiva en PASQUAL DEL RIQUELME, «Mediación penal...», cit., págs. 19 y 20.

derecho penal moderno, influida como hemos adelantado por la idea de la prevención, y los objetivos de rehabilitación y resocialización del delincuente, perseguidos con el cumplimiento de la pena impuesta, de los que resulta buen ejemplo el art. 25 de la Constitución española de 1978.

Mas parece una etapa sujeta en la actualidad a una cierta reflexión crítica de sus principios, fundamentos y efectos²⁹. La crisis del modelo rehabilitador aparece a la vista del crecimiento de los índices de criminalidad, del elevado nivel de reincidencia y del fracaso de la prisión como instrumento o herramienta reeducadora³⁰.

Sabido es que los periodos de crisis son momentos propicios tanto para asomarse al futuro con audacia, como para mirar al pasado con nostalgia. Algo así sucede en el momento actual de la ciencia penal y del proceso penal, en el que vemos surgir, por un lado, movimientos profundamente innovadores, como la justicia restaurativa, y por otro lado, propuestas revisionistas de retroceso, entre las que cabe citar la defensa del llamado derecho penal del enemigo y el neorretribucionismo³¹.

Es difícil saber por dónde discurrirán las cosas en el futuro, pero no es esta la cuestión que ahora nos ocupa. Debe bastarnos con señalar que la justicia restaurativa es, en este contexto de reflexión crítica, una de las propuestas de reforma y de regeneración más consolidada, que viene avalada por un importante respaldo internacional y un considerable desarrollo normativo. Es además, y en lo que ahora nos importa, una propuesta alternativa, porque propone un cambio de modelo de justicia penal basado, como venimos señalando, en nuevos principios y en un nuevo método de solución del conflicto³².

²⁹ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, «Fines de la pena y justicia reparadora», en *Sobre la mediación penal...*, cit., págs. 132 y ss.

³⁰ Vid. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa...*, cit., págs. 111 y ss. Vid. también MORALES PRATS, *Manual...*, (QUINTERO dir), cit., pág. 129, con citas de MIR PUIG, MUÑOZ CONDE y GARCÍA PABLOS.

³¹ Vid. RÍOS MARTÍN, «La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal», en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 143.

³² El punto de partida de la justicia restaurativa se centra en constatar que el actual modelo de justicia penal no es sostenible; «no lo es porque no es eficaz, porque no se utilizan los medios existentes para obtener los mejores resultados», vid. ORTUÑO, «Mediación penal: la alternativa que funciona», en *XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible*, Donostia, , 2012, pág. 1938.

objetivo último es hacer de la justicia penal un instrumento sostenible de solución de conflictos

Por ello puede afirmarse que la justicia restaurativa representa una tercera vía de futuro en la moderna evolución del sistema de justicia penal, proponiendo un nuevo modelo apoyado en el protagonismo activo de la víctima en la solución del conflicto, y centrado en la reparación integral del daño como objetivo fundamental de la justicia penal, y en la mediación como método para lograr la óptima solución al conflicto penal³³.

A la hora de entender la reforma que propone la justicia restaurativa y el alcance que este movimiento concede al concepto reparación, es particularmente clara la siguiente afirmación: «Las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los tribunales no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas las “seguridades” que estas personas han perdido como consecuencia del delito»³⁴. En la actualidad, empezamos a pensar en que quizá la víctima, y no la sociedad, es la primera y principal perjudicada por el delito, y que la respuesta del Estado debe preocuparse más por el conflicto humano que por el público, proporcionando soluciones verdaderamente reparadoras, que devuelvan a la víctima garantías de seguridad y protección, centradas básicamente en el reconocimiento de culpa por el autor, y en el convencimiento de la víctima de que el delito no se repetirá³⁵.

Finalmente, hay que reconocer que la justicia restaurativa acoge, como todo movimiento de vocación revolucionaria, un ala moderada y otra radical. Los moderados, que son los más, conciben la justicia restaurativa como un método complementario al modelo clásico judicial de justicia penal, siendo la naturaleza, características y circunstancias en que se produzcan los delitos junto con la voluntad de las partes, los factores que determinarían la posibilidad de seguir un procedimiento consensual, no tanto alternativo ni sustitutivo sino complementario del proceso y modulador de la decisión judicial³⁶.

Para los radicales, que son los menos, la justicia restaurativa es, no sólo un método alternativo al sistema judicial, sino también un método progresivamente excluyente, llamado por tanto a

³³ Vid., entre otros, SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal... », cit., págs. 6 a 8.

³⁴ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal... », cit., pág. 4.

³⁵ Sobre los fundamentos de la justicia restaurativa y las resistencias frente a él de ciertos sectores doctrinales y profesionales vid. ampliamente SOLETO MUÑOZ, «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en Sobre la mediación penal, cit., págs. 53 y ss.

³⁶ Sobre la justicia restaurativa como mecanismo no alternativo sino complementario al proceso y herramienta endoprocesal, vid. BORDALÍ, «Justicia Privada», cit., pág. 167.

sustituir en el futuro a la justicia penal heterocompositiva, tal y como la conocemos en la actualidad.

Es difícil que prospere esta manera radical de ver las cosas, siendo quizá lo más sensato esperar que la justicia restaurativa se convierta en el futuro (siempre que haya, además de predisposición, dinero y buenas leyes) en un método complementario, limitado en su aplicación a determinados delitos, e integrado probablemente en una reforma global del proceso penal que apueste por las alternativas punitivas y procesales en términos amplios³⁷ (reducción del ámbito de intervención penal, principio de oportunidad, conformidad, mediación y acuerdos reparatorios, sustitutivos penales o condenas condicionales)³⁸.

3.- HUIDA DEL MODELO VIGENTE DE JUSTICIA PENAL Y ORIGEN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa es un movimiento que surge en los países anglosajones en la década de los años setenta³⁹. Su nacimiento debe interpretarse como una respuesta, en forma de propuesta alternativa, ante la crisis que afecta al sistema de justicia penal, tanto en los países del common law como en los del civil law, desde la segunda mitad del pasado siglo XX⁴⁰. Para entender la respuesta conviene recordar, si quiera sea brevemente, las causas que la provocan⁴¹.

³⁷ Vid., como ejemplo, lo previsto respecto de la mediación penal en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, artículos 157 a 151.

³⁸ En esta línea vid. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos», en La Ley Penal, núm. 44, diciembre de 2007 (pág. 2 de la versión impresa desde internet).

³⁹ Vid., por todos, RÍOS MARTÍN, «La mediación penal...», cit., pág. 154.

⁴⁰ Vid., entre otros, REVILLA GONZÁLEZ, «La mediación penal», en Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 303, LAMARCA PÉREZ, «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en La Ley Penal, núm. 44, 2007; VENTAS SASTRE, «Principio de oportunidad y mediación intrajudicial: una posible solución para reducir las deficiencias del proceso penal», en Sobre la mediación penal..., cit., págs. 91 y ss.

⁴¹ Una amplia descripción de los factores de crisis del modelo actual de justicia penal y de la puerta que tal situación abre hacia opciones como la justicia restaurativa puede verse en RÍOS MARTÍN, «La mediación: instrumento para la reducción de la violencia penal y penitenciaria», en La Ley Penal, núm. 44, 2007

La crisis del sistema de justicia penal es, de un modo claramente visible, una crisis de eficacia⁴², que afecta como decimos a los dos grandes modelos de proceso penal: el anglosajón y el continental europeo⁴³.

A) La crisis funcional de los modelos vigentes de justicia penal

Pueden señalarse, al menos, cuatro manifestaciones fundamentales de esta crisis de eficacia. En primer lugar, cabe hablar de una crisis en la función investigadora y sancionadora del modelo de justicia penal. En este terreno, fundamental como puede comprenderse en el funcionamiento del aparato represor del Estado, la estadística es demoledora. En torno al sesenta por ciento de los procesos penales que se incoan se archivan por desconocimiento de autor. A esta cifra, siendo de por sí suficientemente significativa de la ineficacia funcional del aparato procesal penal, hay que sumar la llamada “bolsa negra de la criminalidad”, que se genera en estadios previos al judicial. Esta cifra comprende, por un lado, el número de delitos denunciados ante la policía que, sin ser resueltos, no son puestos en conocimiento de la autoridad judicial, y por otro lado, los delitos cometidos (generalmente delitos menores) que ni siquiera son denunciados por los ciudadanos. En conjunto, se calcula que sólo entre un treinta y un cuarenta por ciento de los delitos cometidos son denunciados ante las autoridades policiales y judiciales; de éstos, sólo una tercera parte llega a juicio.

En segundo lugar, la crisis de eficacia de la moderna justicia penal se manifiesta en una significativa crisis de la función preventiva de la pena, señalada como uno de los fundamentos, en sus vertientes general y especial, de la dogmática penal actual⁴⁴. También en este caso las cifras son elocuentes: en los últimos años en España la población reclusa ha crecido más del doble, pasando de unos treinta mil internos a principios de 2002, a más de sesenta y siete mil en 2013⁴⁵, cifras que son similares en términos relativos en el resto de los países de la Europa continental⁴⁶.

En tercer lugar, tampoco el objetivo fundamental de la rehabilitación y resocialización del delincuente puede decirse que se esté cumpliendo satisfactoriamente en el vigente modelo de

⁴² Vid. TARUFFO, «Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos», en Consideraciones sobre la prueba judicial, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 103 y 104.

⁴³ En este diagnóstico coincide buena parte de la doctrina especializada; vid., entre otros muchos, SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal...», cit., págs. 1 y ss.

⁴⁴ Vid NEUMAN, Mediación y conciliación penal, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. XI.

⁴⁵ Información del Instituto Nacional de Estadística. Fuente: Ministerio del Interior.

⁴⁶ Fuente: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Essex: <http://www.prisonstudies.org/>

justicia penal⁴⁷. La doctrina especializada en España señala que, lejos de sus propósitos reeducadores, la prisión constituye hoy un factor criminógeno que genera un alto nivel de reincidencia, revelándose como una auténtica subcultura, con sus códigos, sus normas, su lenguaje, su sistema de valores propios, etc⁴⁸. El ideal resocializador de la pena de privación de libertad está lejos de alcanzarse: la cárcel es ajena, se afirma, a toda potencialidad resocializadora⁴⁹ y la alternativa actual está entre su abolición y su resurrección como aparato represivo⁵⁰.

Por último, y como uno de los factores más influyentes en el nacimiento de la justicia restaurativa, se señala la patente ineficacia del vigente sistema procesal penal en materia de protección y reparación adecuada de las víctimas del delito. La víctima, que ha sido la gran olvidada en los dos últimos siglos de evolución de la justicia penal, ha pasado a ocupar en la actualidad un papel protagonista. Pero el modelo vigente de proceso penal ha sido incapaz de reconocerle el protagonismo que la sociedad reclama. Los esquemas, los procedimientos, las herramientas, y los modos generados por el sistema actual de justicia penal han demostrado no servir para satisfacer las expectativas del perjudicado y de la sociedad, depositadas en el derecho y en el proceso penal como instrumentos eficaces de reparación del daño (material y moral, ambos dos) causado por el delito. Y si tal fracaso podía ser explicable en momentos en los que la protección de las víctimas se configuraba como una garantía meramente formal, resulta ser especialmente preocupante en un momento como el actual, en el que la protección efectiva de las víctimas constituye una exigencia social prácticamente unánime, poniendo al descubierto uno de los principales déficits del moderno sistema de justicia penal⁵¹.

B) Los factores añadidos por la crisis estructural de la justicia penal europea

Al escenario de crisis funcional descrito, la realidad europea añade factores particulares, de naturaleza estructural, que tienen que ver con la necesaria pero difícil sustitución del modelo de proceso penal acusatorio formal o mixto implantado en Europa tras la Revolución Francesa.

⁴⁷ Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, «La mediación penal...», cit. pág. 21.

⁴⁸ Vid. HERNÁNDEZ RAMOS, «Implantación en las Audiencias Provinciales de las Oficinas de Medidas Alternativas a la Prisión», en *La Ley Penal*, núm. 44, diciembre de 2007.

⁴⁹ Vid. ampliamente, MARTÍNEZ ARRIETA, «La mediación...», cit., pág. 61.

⁵⁰ Vid. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa...*, cit., págs. 111 y ss., con abundante apoyo bibliográfico.

⁵¹ Vid ampliamente LÓPEZ ORTEGA, «La reparación del daño basada en el consenso en la propuesta para la reforma del proceso penal», en *Sobre la mediación penal...*, cit., págs. 491 y ss.

A partir de la segunda guerra mundial, las transformaciones del moderno Estado de Derecho han ido poniendo de manifiesto la incompatibilidad entre el proceso penal acusatorio formal o mixto (basado fundamentalmente en una instrucción secreta y no contradictoria y una fase de juicio oral pública y adversarial) y el nuevo modelo de justicia penal implícito en las constituciones del Estado social. Entre las causas que explican esta crisis conviene recordar que el proceso penal napoleónico, extendido por toda Europa durante el siglo XIX, no fue el producto de la Revolución popular sino más bien de la contrarrevolución burguesa, de corte autoritario, que mantuvo la naturaleza inquisitiva de la fase de instrucción y, con ella, el control gubernamental del inicio (input) de la justicia penal. Se trataba pues de un proceso penal formalmente acusatorio, en el marco de un Estado formalmente llamado de Derecho. Por ello, no es de extrañar que cuando el sistema político avanza hacia un Estado material de Derecho, esto es, hacia la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales sobre la base de los valores superiores del ordenamiento, el proceso penal deba responder también a esta exigencia de justicia material que exige un equilibrio entre eficacia y garantías, y que hemos dado en llamar “proceso justo o proceso debido”.

Aunque la mayor parte de los países europeos han acometido ya la tarea de adaptar sus sistemas procesales penales a los nuevos textos constitucionales y a las garantías derivadas de los Tratados Internacionales, no puede afirmarse que hayamos encontrado un modelo definitivo, o por lo menos un patrón suficientemente consensuado. Todavía hoy se discute en Europa sobre cuestiones fundamentales como la naturaleza de la fase de investigación, los papeles que deben asumir en ella la policía, juez y el fiscal, el punto de equilibrio entre rapidez y garantías, el alcance del principio de oportunidad y de la conformidad, la utilidad y el modelo de jurado, el papel de la víctima, el esquema de los recursos o los instrumentos y controles en la fase de ejecución de la pena⁵².

Estamos, más bien, en ese momento clave de los periodos de crisis, en el que asumiendo qué es lo viejo, todavía lo nuevo no termina de aparecer con claridad. Lo nuevo en la justicia penal es el proceso justo o debido, el proceso penal que dibujan los derechos y garantías fundamentales recogidos en las constituciones y en los textos internacionales, pero es un proceso que necesita todavía tiempo para encontrar la fórmula en la que todas las piezas encajen formando un sistema coherente, completo y sistemático.

⁵² Vid. MORENO CATENA, El proceso penal, (vol 1), Estudio Introductorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 162 y ss.

C) Huida del proceso penal y búsqueda de soluciones alternativas a la jurisdicción

La huida del proceso y la búsqueda de métodos alternativos de solución de conflictos es, como ya adelantamos, una tendencia extendida en todos los ordenamientos jurídicos desde las últimas décadas del siglo XX. La falta de respuestas judiciales prontas y eficaces ha impulsado extraordinariamente durante este periodo las fórmulas autocompositivas individuales (renuncia, allanamiento, desistimiento y transacción) y bilaterales (mediación y conciliación) así como las heterocompositivas alternativas a la jurisdicción (como el arbitraje)⁵³.

Sin embargo, hasta no hace mucho esta tendencia se había mantenido dentro de los límites del Derecho privado dispositivo, esto es, dentro del campo de los derechos que pueden ser “negociados” por sus titulares. Los derechos disponibles, y sólo los derechos disponibles, permiten a su titular decidir si exige o no su reconocimiento en caso de violación, y de exigirlo, si lo hace por vía judicial, o por procedimiento alternativo (transacción o arbitraje).

Lo sorprendente es que, en los últimos años, la huida de la jurisdicción se está produciendo también en el ámbito del derecho público, señaladamente en el campo del derecho penal⁵⁴, que es por naturaleza, dada la naturaleza pública de los intereses en juego, el campo más refractario a la disponibilidad y al consenso.

La primera puerta de entrada de la disponibilidad de derechos en el proceso penal fue la introducción de la conformidad, institución claramente vinculada con la economía procesal, que en un principio permitió el acuerdo (más precisamente la aceptación) del acusado con la calificación más grave, produciendo el efecto de la supresión del juicio y la terminación del proceso con una sentencia de condena concordante con el acuerdo de conformidad.

Progresivamente, la conformidad estricta fue dando paso a una conformidad pactada, en la que el acuerdo ya no es producto de una adhesión sino de un proceso, más o menos encubierto, de negociación entre acusación y defensa⁵⁵. En la actualidad, hemos llegado incluso a regular, en el ámbito del juicio rápido español, una conformidad premiada, en la que el acuerdo con la calificación más grave puede llevar consigo una reducción de un tercio de la pena. En todo caso,

⁵³ Vid. TARUFFO, «Aspectos de crisis...», cit., págs. 61 y ss.

⁵⁴ Vid. SUANZES PÉREZ, «La Justicia restaurativa...cit. pág. 3313.

⁵⁵ Vid MORENO CATENA, Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 113.

no hay que perder de vista que el objetivo es siempre el mismo: evitar el juicio, condicionando previamente la decisión judicial.

La aparición, aunque encubierta, de la conformidad negociada ha supuesto en España un cambio cualitativo importante en la evolución de un proceso penal rígido a un proceso penal con elementos autocompositivos o transaccionales. Estos elementos negociales, claramente incorporados a los nuevos modelos de justicia penal de los países europeos a través del principio de oportunidad, han penetrado en el proceso penal español a través de la justicia de menores. Ha sido en esta parcela jurisdiccional donde se han introducido las instituciones más novedosas en el terreno transaccional, entre las que figuran el principio de oportunidad como instrumento de abandono condicionado del ejercicio de la acción penal, y la mediación, como fórmula más avanzada aún de negociación, no ya entre la acusación y la defensa, como sucedía en la conformidad y en cierto modo en la oportunidad, sino entre imputado y víctima, lo que supone un indudable cambio cualitativo⁵⁶.

Tímidamente, como vemos, aparecen en España figuras consolidadas en Europa, y de larga tradición en el ámbito anglosajón, cuya dirección es claramente la búsqueda de soluciones consensuadas que eviten la imposición de una decisión judicial ajena a la voluntad de las partes⁵⁷. En el caso del principio de oportunidad, la huida del proceso penal es, todavía, una huida controlada por el órgano encargado del ejercicio de la acción pública. Pero en el caso de la mediación penal, la evitación del proceso es, no sólo evidente, sino además claramente privada, puesto que la mediación tiene lugar entre víctima e imputado, sin que el Ministerio Público intervenga para otra cosa que para controlar el cumplimiento de los requisitos de acceso, y el juez para sancionar el acuerdo, previo examen del cumplimiento de los requisitos de procedimiento.

La justicia restaurativa no hace sino recoger y dar cuerpo a un conjunto de iniciativas que han ido apareciendo de forma disgregada, pero que tienen todas un hilo conductor común: son fórmulas alternativas a la justicia penal “pública” impuesta por el juez tras el juicio oral contradictorio, que coinciden en situar a la víctima como la protagonista fundamental de la solución penal, y a la mediación como el método óptimo para lograr, a través del consenso, una solución reparadora para el conflicto generado por el delito.

⁵⁶ Sobre la utilidad de la oportunidad en los procedimientos de mediación vid. GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, «Algunas notas sobre los mecanismos alternativos a la acción penal. El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011», en *Sobre la mediación penal...*, cit., págs. 395 y ss.

⁵⁷ Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, «La mediación...», cit., pág. 59.

Con la justicia restaurativa la huida del proceso penal ha encontrado una vía estructurada y organizada en forma de movimiento alternativo, que ha tenido la virtud de ofrecer una cobertura dogmática y un soporte normativo a quienes vienen sosteniendo la necesidad de acabar con el proceso (entendido en sentido tradicional) como único medio de solucionar los conflictos derivados de la comisión de hechos delictivos⁵⁸.

4.- BASES NORMATIVAS

En los últimos años, importantes normas de derecho internacional y comparado han venido acogiendo en los sistemas de justicia penal propuestas de justicia restaurativa, entre las que sobresale por encima de todas la utilización de la mediación penal como método complementario de solución de conflictos penales⁵⁹.

Mientras que en la normativa internacional encontramos fundamentalmente recomendaciones, sugerencias e indicaciones a los Estados en orden a la utilización de la mediación y de otras fórmulas de justicia restaurativa y protección de víctimas, en el derecho comparado proliferan, como veremos, modelos de mediación ya implantados, muy variados en su concreción y con distintos grados de vinculación (opcionales, recomendados, prioritarios) respecto del modelo judicial tradicional.

A) Normativa Internacional

a) Naciones Unidas

⁵⁸ Uno de ellos es el que fue Ministro de Justicia FERNÁNDEZ BERMEJO. Su intervención, ya citada, en el año 2002 en las Primeras Jornadas de Mediación Penal organizadas por la Asociación Apoyo, siendo entonces Fiscal-Jefe de Madrid, no deja lugar a dudas al señalar que «Parece que va calando la idea de que cuanto más grave es un problema, y los que están en el ámbito penal son de los más graves, más necesidad hay de un tratamiento multidisciplinar. Este es uno de los ejes de un pensamiento que tiene el otro en la idea de que la solución jerárquica de los problemas, la solución vertical, ese modelo de solución en que alguien investido de autoridad decide por los demás está también en crisis y progresivamente nos preguntamos si no hay que intentar devolver al ámbito de los partícipes del conflicto una parte al menos de la responsabilidad de su decisión. Devolver, en definitiva, la capacidad de decidir a quienes protagonizan desde posiciones de enfrentamiento, el conflicto.».

⁵⁹ Sobre el marco legal internacional que ofrece cobertura e impulsa la justicia restaurativa vid. DEL RIQUELME, «Mediación penal...», cit., págs. 13 y ss. Vid. también PERULERO GARCÍA, «Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal», en Sobre la mediación..., cit., págs. 79 y ss.

▣ Declaración ONU de 29 de noviembre de 1985 sobre principios básicos de la justicia para víctimas de delitos y de abuso de poder.

— La Declaración impulsa la consideración de las víctimas como protagonistas centrales del sistema de justicia penal, llamando la atención sobre el papel activo que deben desempeñar en el curso del proceso. Se fomentan los principios de reparación y restitución a las víctimas, recomendando, cuando sea posible, la utilización de mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluyendo expresamente en ellos a la mediación.

- Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad, adoptadas en resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, por la Asamblea General de Naciones Unidas.

— Estas reglas, conocidas como Reglas de Tokio, recomendaban la responsabilización de los delincuentes frente a la sociedad y frente a las víctimas, fomentando para ello vías alternativas a los procesos jurisdiccionales.

- Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 24 de julio, mediante la que se aprueban los principios básicos de justicia restaurativa en materia penal.

— Se trata de un documento clave en el que se establecen principios comunes a nivel mundial para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. El documento contiene un muy útil glosario en el que se fijan los conceptos de programa de justicia restaurativa, proceso restaurativo, resultado restaurativo, partes y facilitador (mediador). Asimismo, el texto incorpora reglas básicas acerca de los presupuestos necesarios para su aplicación y sobre el procedimiento a seguir, lo que permite contar con un esquema mínimo que garantiza una inicial homogeneidad terminológica y procedimental en los esquemas normativos de la justicia restaurativa.

- Directrices de Naciones Unidas para una mediación eficaz, publicadas como anexo del informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución (A/66/811, 25 de junio de 2012).

b) Consejo de Europa

- Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el derecho y en el proceso penal.

— El texto insta a los Estados a revisar y reformar sus legislaciones en la dirección de favorecer la posición de la víctima en el proceso penal, especialmente en cuanto a la indemnización y reparación plena del perjuicio sufrido. Introduce recomendaciones para favorecer el uso de la conciliación y mediación en el ámbito penal, como medidas de mejora de la posición de la víctima.

- Recomendación R (87) 21 de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.

— El Comité de Ministros del Consejo de Europa promueve directamente la mediación entre delincuente y víctima como instrumento para favorecer la completa reparación del daño causado por el delito.

▮ Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre, sobre mediación en el ámbito penal⁶⁰.

— Se trata de un documento particularmente importante, no sólo por su carácter monográfico, ya de por sí bien significativo, sino por la decidida apuesta que hace por la mediación como modelo y paradigma de un nuevo modelo de justicia penal. Los valores que se recogen en el documento y los principios en los que se basa constituyen un auténtico espaldarazo al modo consensual de resolución de conflictos penales, fomentando la participación horizontal de la víctima y el victimario, el objetivo de la reparación y la importancia del reconocimiento de responsabilidad a cargo del victimario.

— La Recomendación ofrece una definición de la mediación (proceso que permite a la víctima y al agresor participar activa y libremente en la solución del conflicto resultante del delito con la ayuda de un tercero independiente, denominado mediador), sienta sus principios fundamentales (libertad, confidencialidad, autonomía del mediador e independencia respecto del sistema oficial de justicia penal), establece las pautas fundamentales del procedimiento y la posibilidad de instaurar servicios oficiales de mediación cerca de todas las instituciones judiciales.

c) Unión europea

⁶⁰ En la conveniencia de instaurar procedimientos de mediación como vía para la mejor protección de las víctimas y la pronta y eficaz reparación de los daños causados por el delito vuelve a insistir el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación (2006) 8, sobre asistencia a las víctimas de delitos.

▣ Decisión Marco (2000/220/JAI), del Consejo de la Unión Europea de 21 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso penal.

— Dentro de las medidas extraprocesales de protección de víctimas, la Unión Europea empieza por definir, en este primer impulso normativo, la mediación penal como la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente. A continuación, el art. 10 de la Decisión Marco dispone que: «Los Estados Miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. Los Estados Miembros velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.» Para dar cumplimiento a esta previsión, la UE otorga a los Estados Miembros un plazo que no debe superar el 22 de marzo de 2006 (art. 17 de la Decisión Marco).

▣ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

— En el marco del artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que como se sabe contempla la adopción de normas mínimas comunitarias aplicables en todos los Estados con la finalidad de facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, así como la cooperación judicial y policial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, especialmente en lo relativo a las víctimas de los delitos, la normativa comunitaria da un paso más con la Directiva de 25 de octubre de 2012, dirigida a consolidar y homogeneizar la protección y el apoyo a las víctimas en los ordenamientos penales de la Unión europea.

— Sobre la precedente Decisión marco de 2001, la Directiva de 2012 supone un avance en rango normativo, al tiempo que una profundización en el régimen de protección de víctimas, que se amplía, se concreta y se extiende en aspectos clave como la información procesal, el acceso al proceso, la definición de garantías básicas, la protección personal, los sistemas de reparación y la formación del personal de atención a las víctimas de delitos⁶¹.

— En materia de alternativas jurisdiccionales, es significativo comprobar cómo la Directiva amplía considerablemente la perspectiva de la precedente decisión marco al referirse no sólo a

⁶¹ Vid. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «Sobre el derecho de defensa en la mediación penal», en Justicia penal y derecho de defensa, (GUZMÁN/FLORES dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 168.

la mediación, sino a los procedimientos y mecanismos de “justicia reparadora” en general. Como se señala en la exposición de motivos, «los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima». No obstante, la necesidad última de protección de la propia víctima exige ciertas cautelas en el funcionamiento de dichos servicios, que pasan por el establecimiento de un ámbito adecuado y limitado de aplicación, por la información previa y completa del procedimiento, por la salvaguarda de garantías efectivas de confidencialidad, y por la evitación de perjuicios adicionales para la víctima que opte por mecanismos de justicia reparadora⁶².

— En el artículo 2 de la Directiva se define la “justicia reparadora” como «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal, con la ayuda de un tercero imparcial».

— Finalmente, el artículo 12 de la Directiva está dedicado a los derechos y garantías que deben salvaguardarse en los procedimientos de justicia reparadora. Dos aspectos en relación con este artículo deben ser subrayados. El primero de ellos es que la Directiva fomenta, estimula y promueve el acceso a la justicia reparadora, recomendando a los Estados el establecimiento de procedimientos alternativos a la jurisdicción y la difusión de información relativa a los mismos (art. 12.2). En segundo lugar, la Directiva establece un catálogo de garantías básicas que disciplinan la justicia reparadora y que están dirigidas, en esencia, a evitar todo perjuicio que dichos procedimientos puedan producir en las víctimas. Así y de manera específica, se exige a la justicia reparadora:

- Que aporte procedimientos seguros para la víctima

- Que las víctimas accedan tras un conocimiento completo, comprensible y explícito del procedimiento y de sus efectos, siendo libre, además, la renuncia a dicho procedimiento en cualquier momento por parte de la víctima

- Que el infractor reconozca los elementos fácticos básicos del caso

⁶² Sobre la limitación, la restricción y las cautelas de la Directiva de 2012 frente a la Decisión marco de 2001 en materia de justicia restaurativa vid. SOLETO MUÑOZ, « La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en Sobre la mediación penal..., cit., págs. 48 y ss.

.- Que los acuerdos sean voluntarios, eficaces en otras causas penales, y confidenciales en sus deliberaciones

B) Iniciativas legislativas en derecho comparado

A fin de no extender el contenido de este trabajo más allá de lo prudente, conviene limitar la nota de derecho comparado al ámbito europeo continental, dejando constancia de las principales reformas que han propiciado el uso de la mediación en los sistemas de justicia penal de los países, geográfica y jurídicamente, más próximos a España⁶³.

▣ Austria

En Austria, la introducción de la mediación penal se produce a través de la justicia de menores con la Ley de Justicia Juvenil de 1 de julio de 1988. Dicha Ley concedía al Ministerio Fiscal importantes márgenes de discrecionalidad para no ejercitar la acción penal siempre que constara, bien por disposición directa del autor, bien como consecuencia de un proceso de mediación el reconocimiento de responsabilidad del autor, la garantía de la reparación y, en ciertos casos, el consentimiento de la víctima.

A la vista de los buenos resultados obtenidos con la mediación en la justicia penal juvenil, el legislador se decidió a aplicarla en la justicia penal de adultos, lo que se terminó haciendo mediante reforma del Código de Proceso Penal en el año 1999. Tras dicha reforma, la mediación se configura como una alternativa al proceso ordinario, a la que pueden acudir las partes de oficio o a instancia del juez o del fiscal, con la finalidad de lograr un acuerdo de reparación que ponga fin al proceso.

▣ Alemania

Al igual que ha sucedido en Austria, la mediación ha llegado al proceso penal alemán de adultos de la mano de la justicia juvenil, que la incorporó en el año 1990. Tres años más tarde se introducirá en la Ley procesal penal para adultos, integrándola dentro de un sistema variado y

⁶³ Un amplio estudio sobre la justicia restaurativa y la mediación penal en derecho comparado puede consultarse en la monografía *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. (Experiencia en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile), dirigido por BARONA VILAR, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Consultar también GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa...*, cit., págs. 261 y ss. Particularmente ilustrativas son las tablas recogidas en las páginas 320 a 324. También puede consultarse GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, «La regulación de la mediación...», cit., págs. 418 y 419.

complejo de medidas tendentes a amortiguar, a través del ejercicio del principio de oportunidad, los efectos del proceso y de la pena en casos de acuerdos reparatorios, compensaciones, mediaciones o conciliaciones exitosas, o tratamientos especiales de individualización penal⁶⁴.

▣ Bélgica

El caso de Bélgica es especialmente significativo ya que dispone de una ley específica de mediación penal, que data de 10 de febrero de 1994. A raíz de esta Ley, y de experiencias piloto posteriores, pueden hoy identificarse en Bélgica cuatro tipos de mediación, o más precisamente, cuatro momentos procesales para intentar la mediación penal: en fase de instrucción, en fase de determinación de la pena, en fase de privación de libertad, y por último en fase de investigación policial preprocesal. En la mediación instructora y en la policial, el objetivo es omitir el ejercicio de la acción penal a cambio de acuerdos reparatorios satisfactorios para el fiscal y la víctima. En las modalidades de mediación reparatoria y durante la privación de libertad, se pretende atenuar la pena imponible o bien las condiciones o duración de la ya impuesta.

▣ Francia⁶⁵

También en Francia la mediación de adultos trae causa de experiencias de justicia restaurativa en el proceso penal de menores. La Ley penal juvenil (reformada el 23 de junio de 1999) prevé la posibilidad de reparación con consecuencias de cara a la oportunidad a través de la mediación. A la vista de los buenos resultados cosechados por la mediación en la justicia penal juvenil, el Código de proceso penal es reformado por Ley de 4 de enero de 1993, introduciendo la mediación como posible fundamento de la oportunidad por el fiscal en el art. 41. Con base en tal precepto, el fiscal puede decidir recurrir a la mediación, proponiéndolo a las partes, con la vista puesta en el ejercicio del principio de oportunidad en caso de acuerdo reparatorio. Tal derivación se produce generalmente en delitos menores sin reincidencia, resultando encomendada a profesionales acreditados y ajenos al aparato judicial, integrados en entidades e instituciones con reconocimiento público.

⁶⁴ Sobre la mediación penal en Alemania vid. CATALINA BENAVENTE, «La mediación penal en Alemania», en *Sobre la mediación penal...*, cit., págs. 505 y ss.

⁶⁵ Sobre el modelo francés de mediación vid., más ampliamente, MILBURN «Mediación y nuevos modelos...», cit.

5.- MÉTODO Y PRINCIPIOS FUNCIONALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

De las distintas iniciativas normativas a las que se aludía en epígrafes anteriores puede extraerse, en primer lugar, una regla general según la cual la mediación penal es el método fundamental que propone la justicia restaurativa para una solución del conflicto penal reparadora y satisfactoria para la víctima. De la regulación expuesta obtenemos, además, algunos parámetros comunes que proporcionan los principios y el esquema de funcionamiento básico de la mediación dentro de los modernos sistemas de justicia penal⁶⁶.

A) Principios fundamentales de la mediación

Tanto las propuestas doctrinales como los modelos normativos implantados de mediación penal, coinciden en un conjunto de principios básicos que podemos concretar en seis⁶⁷:

1.- Voluntariedad por ambas partes

La mediación penal debe ser un método voluntario para las partes concernidas por el conflicto, que son la víctima y el victimario. Sólo si ambos, con conocimiento del método y de sus posibles consecuencias, reconocen la existencia de un conflicto entre ambos y aceptan someterse a la mediación penal, pueden iniciarse los trámites de la misma, teniendo igualmente la posibilidad de desistir en cualquier momento. Las autoridades (Juez o Ministerio Fiscal) únicamente pueden sugerir o indicar la posibilidad de derivar el procedimiento hacia la mediación, informando a las partes sobre el sistema y su desarrollo, pero en ningún caso imponerla como método obligatorio.

2.- Gratuidad

La mediación es un método gratuito para las partes, que debe ser financiado por el Estado. En la mediación no intervienen ni abogados ni procuradores, lo que hace que no se generen costas.

⁶⁶ Aquí partimos de la utilización generalizada del modelo de mediación orientada al acuerdo (modelo Harvard). Otros modelos de mediación se encuentran descritos en el completo trabajo de ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La mediación penal...», cit., págs. 14 y ss.

⁶⁷ En estos principios (formulados más amplia o concentradamente) coinciden, como digo, los principales textos internacionales y la mayor parte de la doctrina: vid., en este sentido, la Resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas 2002/12, de 24 de julio; la Recomendación (99) 19 del Consejo de Europa, de 15 de septiembre, sobre mediación penal; entre la doctrina, vid. la monografía ya citada de GORDILLO SANTANA, o el trabajo, también citado, de REVILLA GONZÁLEZ.

Los únicos gastos que se originan son los honorarios del mediador, que corren a cargo de las arcas públicas, al igual que el sueldo de los jueces y fiscales.

3.- Confidencialidad

Es este un principio y regla fundamental, que garantiza la impermeabilidad entre información generada en la mediación e información procesal. Resulta así que nada de lo que se discuta en el curso de la mediación se filtrará al proceso, ni podrá ser conocido por el juez o por el fiscal. Ello permite que en caso de fracaso de la mediación, los derechos de defensa del imputado y de presunción de inocencia no se vean comprometidos ni afectados.

4.- Autonomía e imparcialidad del mediador

El mediador debe ser una figura imparcial respecto de las partes y autónoma respecto del aparato de justicia penal. El mediador es, en el más preciso sentido de la palabra, un tercero, cuya función consiste en facilitar, desde fuera, una aproximación de las partes para alcanzar un acuerdo. Este principio descarta que fiscales, jueces, policías, o cualquier otro funcionario adscrito o dependiente del aparato judicial, pueda desempeñar funciones de mediación. Esta posición de autonomía favorece, además, la confidencialidad a la que antes nos referíamos.

5.- Legalidad

Para poder utilizar la mediación penal, para que esta cumpla adecuadamente su función y produzca sus efectos, debe estar regulada en una ley que determine con claridad el ámbito de aplicación, los presupuestos, el procedimiento y los efectos del acuerdo, así como la relación entre mediación y proceso penal.

6.- Eficacia procesal del acuerdo

Por último, es preciso que la regulación de la mediación establezca con claridad y precisión cuál puede ser el contenido del acuerdo, en su alcance y términos, cómo ha de garantizarse su eficacia y cumplimiento, y cuáles deben ser las consecuencias y garantías ante un eventual incumplimiento.

B) Esquema básico de funcionamiento práctico

Una vez expuestos los principios fundamentales del método, veamos ahora cómo puede ser su esquema básico de su funcionamiento⁶⁸, en el bien entendido que lo que vamos a exponer es un prototipo general, el esqueleto digamos, que conforma la estructura funcional de un modelo ideal de mediación penal⁶⁹.

a) Ámbito de aplicación

La mediación no es un método aplicable a todos los conflictos penales sino sólo aquellos en los que el diálogo pueda funcionar como una herramienta de solución satisfactoria. Se hace, pues, necesario establecer un ámbito de aplicación limitado para la mediación penal, que permita deslindar qué causas penales son susceptibles de derivarse a la mediación y cuáles deben ser excluidas. A tal efecto, los modelos vigentes suelen utilizar un doble criterio.

En primer lugar se maneja un criterio material, que puede combinar la gravedad y el tipo de delito⁷⁰. Así pueden excluirse delitos en razón de la pena (por ejemplo los delitos que lleven aparejadas penas muy graves o graves), en razón del bien jurídico protegido (por ejemplo los delitos contra la vida, la libertad sexual, o los delitos de terrorismo), en razón de la consumación (excluyendo los delitos de mero peligro), o en razón por último de la individualidad o pluralidad de perjudicados (excluyéndose los delitos que afecten a la colectividad o a múltiples perjudicados).

Este primer criterio puede venir completado con una referencia al elemento circunstancial (segundo criterio), de tal manera que el ámbito de aplicación resultante de la aplicación del primer criterio pueda sufrir adiciones o exclusiones en función de las circunstancias concretas concurrentes en la conducta o acción delictiva⁷¹.

⁶⁸ Acerca del método de mediación vid. SOLETO, «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en *Sobre la mediación penal...*, cit., págs. 62 y ss. Vid. también, sobre el procedimiento, GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa...*, cit., págs. 205 y ss. Sobre modelos de justicia restaurativa según su relación con el sistema de justicia pena formal y con los procedimientos empleados vid. PASQUAL DEL RIQUELME, «Mediación penal...», cit., págs. 20 y ss.

⁶⁹ Un modelo de procedimiento de mediación puede consultarse en ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «La mediación penal: una alternativa a la resocialización», en *Sobre la mediación penal...*, cit., págs. 115 y ss.

⁷⁰ Se suele proponer, por ejemplo, la exclusión de las faltas, por su elevado número y escasa entidad, y se fija el límite de aplicación de la mediación a los delitos que lleven aparejadas penas privativas de libertad no superiores a los cinco años; vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal...», cit., pág. 10.

⁷¹ Sobre la importancia de las circunstancias concurrentes a la hora de valorar la derivación de un conflicto a la mediación vid. MILBURN titulado «Mediación y nuevos modelos...», cit.

b) Iniciativa

Una vez determinado el ámbito de aplicación, se hace necesario precisar quién puede promover la aplicación de la mediación penal ante la comisión de un determinado delito. Lo razonable en este sentido es que la iniciativa pueda partir tanto de las autoridades procesales (juez o fiscal), como de las partes implicadas (víctima e imputado). En el primer caso hablaremos de incoación promovida de oficio, mientras que en el segundo hablaremos de mediación promovida a instancia de parte.

c) Acuerdo de remisión a la mediación

Aunque existen casos en los que la mediación puede intentarse antes de la incoación formal de un proceso penal, es preferible la fórmula de la derivación, conforme a la cual una vez incoado el proceso penal, este podrá remitirse a la mediación si se cumplen los presupuestos objetivos y si tal derivación ha sido solicitada por quienes están legitimados para ello.

Se hace, pues, necesario introducir en el proceso penal dos trámites: uno para solicitar la derivación de una causa penal a la mediación, y otro para resolver sobre dicha solicitud.

Es recomendable que el acuerdo de remisión o derivación revista forma escrita, delimite el objeto y las partes, esté motivado y sea susceptible de recurso en caso de denegación⁷². Debe contener, además, la designación del mediador (o la orden para que se ponga en marcha su designación por el procedimiento que corresponda) y la relación de documentos que han de ser remitidos al mediador para que pueda comenzar a desempeñar sus funciones.

En cuanto a la competencia para adoptarlo, podrá encomendarse tanto al Fiscal como al Juez, dependiendo de las funciones que asuman cada uno en la fase inicial del proceso penal.

d) Tramitación del procedimiento⁷³

⁷² Lo que en todo caso parece claro es que, siendo la mediación un procedimiento voluntario, no podrá acordarse su aplicación en un proceso penal concreto cuando exista oposición del imputado o de la víctima.

⁷³ En el trabajo de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «La mediación penal...», cit., págs. 12 y ss., puede consultarse con amplitud la mecánica que viene utilizando la Asociación Apoyo en la experiencia desarrollada conjuntamente con la Fiscalía y los Juzgados en la Comunidad de Madrid.

La estructura básica de un procedimiento de mediación penal suele apoyarse en cuatro momentos o fases.

▣ La primera consiste en el contacto inicial y por separado con las partes, cuyo contenido básico es la presentación del mediador, la exposición acerca del procedimiento de mediación, de su mecánica y de sus efectos, así como una primera exploración sobre la valoración que cada uno hace del conflicto y la postura que tiene frente a la otra parte.

▣ Durante la segunda fase se producen entrevistas separadas de las partes con el mediador. Estas entrevistas tienen como contenido principal el intercambio de información entre el mediador y la parte. De un lado, la parte trasladará al mediador toda la información posible sobre sí misma y sobre las circunstancias objetivas y personales que rodearon la comisión del hecho delictivo. De otro, el mediador informará a la parte sobre las ventajas del método y sobre la utilidad de los acuerdos dialogados. Estas entrevistas separadas sirven para que las partes ordenen sus vivencias derivadas de la comisión del delito y reflexionen serenamente sobre sus circunstancias, y además para que el mediador explore en una y otra parte las posibilidades y caminos más adecuados para facilitar el acuerdo.

▣ La tercera fase del procedimiento de mediación consiste en el encuentro entre las partes y el mediador con el propósito de alcanzar un acuerdo entre víctima y victimario acerca de la mejor forma de reparar el daño causado por el delito. De las circunstancias objetivas y personales dependerá, en cada caso, el formato, el número de entrevistas, los contenidos de las mismas y el procedimiento de aproximación entre las partes. Lo que en esta fase es básico y fundamental es el diálogo entre las partes, la función únicamente aproximadora del mediador, y el objetivo consistente en el acuerdo de reparación.

▣ El cuarto y último trámite del procedimiento de mediación es la adopción y formalización del acuerdo. Teniendo claro que el propósito es la reparación integral y satisfactoria de la víctima (tanto desde un punto de vista económico como psicológico), el contenido del acuerdo podrá comprender todos o alguno de los ámbitos siguientes:

* Extinción, aplazamiento o minoración de la reparación en materia de responsabilidad civil.

* Extinción, suspensión condicional o acuerdo de conformidad en materia de responsabilidad penal.

* Suspensión de la pena, sustitución, reducción o mejora de las condiciones de cumplimiento en materia de ejecución de la pena.

6.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

A) La mediación en el proceso penal de menores

Dentro de la justicia penal española⁷⁴, la justicia restaurativa sólo ha encontrado acomodo legal, en su modalidad de mediación, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁷⁵. Se trata, como es sabido, de una ley que apuesta en muchos aspectos por un modelo de proceso penal “alternativo”, empezando por la aplicación del principio de oportunidad, siguiendo por la configuración de un Fiscal director de la instrucción, y terminando (sin propósito de exhaustividad) por la implantación de un sistema de mediación penal como instrumento de una justicia plenamente reparadora y reeducativa⁷⁶.

En lo que a la mediación se refiere, resulta configurada en la citada Ley de 2000 como un método alternativo al proceso para la solución del conflicto penal, de tal manera que si el menor ofensor y el perjudicado llegan a un acuerdo que resulta cumplido por el menor infractor, concluye el conflicto penal⁷⁷.

Como señala la Exposición de Motivos «La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.»

⁷⁴ Fuera del ámbito penal, cabe hacer referencia a la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁷⁵ Sobre la mediación en el proceso penal de menores vid. ampliamente los artículos recogidos en el volumen Sobre la mediación penal..., cit., págs. 547 y ss.

⁷⁶ Vid., más ampliamente, REVILLA GONZÁLEZ, «La mediación...», cit., pág. 311.

⁷⁷ Acerca de la mediación en la justicia juvenil vid. AGUILERA MORALES, «La mediación penal: ¿quimera o realidad?», en Sobre la mediación penal..., cit., págs. 326 y ss.

El procedimiento aparece regulado en el art. 19 de la Ley⁷⁸:

«Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

⁷⁸ Un procedimiento que puede ser aplicable no sólo en fase de diligencias preliminares, sino también en fase de instrucción (art. 27) y en fase de ejecución de medidas (art. 51.3).

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.»

B) La aplicación alegal de métodos de justicia restaurativa en el proceso penal español de adultos

Con la justicia restaurativa, y más concretamente con la mediación penal, está ocurriendo algo sorprendente en el sistema español de justicia penal de adultos. Sin existir cobertura normativa alguna, proliferan en los últimos años experiencias piloto⁷⁹ en nuestro país que están haciendo funcionar de modo alegal la mediación con efectos en el proceso penal⁸⁰.

Conviene señalar esquemáticamente cuáles son por el momento las vías que permiten utilizar la mediación en el vigente sistema español de justicia penal⁸¹. Debe advertirse, en todo caso, que dicho uso pasa por acuerdos extraprocerales, previos o paralelos a la tramitación de la causa penal, cuyos efectos pueden traducirse en actos procesales que extingan la acción, que limiten la exigencia de responsabilidad, o que modifiquen o supriman la ejecución de la pena impuesta.

a) Presupuestos iniciales

Para que la mediación pueda tener alguna proyección en el vigente proceso penal es preciso cumplir algunos presupuestos previos, entre los que cabe destacar su exclusión para determinados delitos y una adecuada protección de las garantías procesales del imputado.

Por lo que se refiere a los delitos excluidos, la legislación española vigente excluye expresamente de la mediación, aunque sea extraprocerales, los delitos contra la libertad sexual⁸². En línea de principio, quizá debieran estar también excluidos de la mediación los delitos contra la vida, la integridad física, y los delitos de terrorismo, todos ellos en función del bien jurídico

⁷⁹ Vid. algunas de ellas descritas en el trabajo de ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La mediación penal...», cit., págs. 4 y ss.

⁸⁰ Vid., entre otros, el proyecto piloto implantado en la Comunidad de Madrid por la Asociación Apoyo coordinadamente con la Fiscalía del TSJ de Madrid, descrito en el trabajo publicado por SÁNCHEZ ÁLVAREZ/SEGOVIA BERNABÉ, «La mediación penal...», cit., págs. 11 y ss.

⁸¹ Más ampliamente descritas pueden consultarse en la monografía La mediación penal y penitenciaria (RÍOS MARTÍN y otros), Colex, Madrid, 2008.

⁸² Sobre la improcedencia de descartar a limine la mediación para determinados delitos, incluidos los del violencia contra la mujer, vid. OUBIÑA BARBOLLA, «La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas», en Sobre la mediación penal..., cit., págs. 179 y ss.

protegido. Por razones distintas, que tienen que ver con la posibilidad técnica de aplicar la mediación, habrían de quedar fuera los delitos contra bienes jurídicos colectivos (por ejemplo delitos contra la flora y fauna, contra la salud pública, contra la independencia del Estado o la forma de gobierno, etc.), así como los delitos de mera actividad o mero peligro, en los que no hay una víctima directa o perjudicado en el más estricto sentido de la palabra⁸³.

En cambio, son especialmente aptos para la mediación los pequeños delitos contra la propiedad, los delitos contra el honor, y en general los delitos semipúblicos en los que produce efectos procesales el perdón del ofendido, y el delito privado de injurias y calumnias contra particulares.

En materia de garantías, es evidente que cualquier método alternativo de solución de conflictos en el ámbito penal debe respetar las mismas garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución para el proceso oficial. En el caso de la mediación hay dos garantías cuya protección exige un especial cuidado: el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

En el caso del derecho de defensa, el problema surge del protagonismo directo que adquieren las partes en la mediación, debiendo ser la víctima y el victimario quienes concurren por sí a las entrevistas con el mediador y con la parte contraria. Si el objetivo es la satisfacción integral de la víctima, y el método para lograrla se basa en el diálogo y en el acuerdo, parece lógico que quienes intervengan en los encuentros sean los concernidos por el conflicto, resultando impropio servirse de personas interpuestas, como abogados o procuradores. Ello debe resultar, sin embargo, compatible con una suficiente asistencia letrada, que cubrirá, al menos, la información a su cliente sobre el mecanismo de la mediación, el consejo sobre la conveniencia o no de aceptar la propuesta de mediación, o de promoverla, el intercambio de pareceres antes y después de cada entrevista y, finalmente, el asesoramiento en relación con los términos del acuerdo y con sus posibles efectos.

La segunda de las garantías que puede verse afectada por el sometimiento de un conflicto penal a la mediación es la presunción de inocencia en caso de que la mediación termine en fracaso⁸⁴.

⁸³ Para los delitos de riesgo se propone una modalidad específica de “mediación”, en la que interviene algún representante de la comunidad en concepto de víctima (asociaciones o corporaciones dedicadas a la defensa de los bienes jurídicos puestos en riesgo por el delito), consistiendo el acuerdo de reparación en la realización por el infractor de trabajos en beneficio de la comunidad vinculados a la naturaleza del delito cometido. Este tipo de conducta reparatoria puede ser considerada como atenuante muy cualificada siempre que se verifique antes del juicio oral. Vid sobre ello la experiencia de mediación en la Comunidad de Madrid expuesta por SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «La mediación...», cit., pág. 13.

⁸⁴ Sobre la posible afectación de la presunción de inocencia en la mediación vid. LAMARCA PÉREZ, «Una alternativa...», cit., pág. 3 de la edición impresa desde internet.

Por un lado, la mera aceptación de la mediación por parte del imputado podría ya considerarse un indicio de culpabilidad. Por otro lado, existe el peligro de que durante la negociación se hayan reconocido hechos, datos o conductas que puedan filtrarse al tribunal sentenciador, comprometiendo su imparcialidad.

Parece, pues, oportuno, adoptar dos medidas. La primera debe ir dirigida a garantizar la asepsia de la voluntad de las partes para iniciar un procedimiento de mediación, de modo tal que, en caso de finalización fallida de la mediación, dicha voluntad inicial no podrá considerarse como indicio alguno de cara a las resoluciones sobre el fondo del asunto que hayan de adoptarse en el proceso posterior⁸⁵. La segunda, pasa por asegurar la confidencialidad respecto de terceros (incluyendo especialmente al Juez instructor, al sentenciador, al Ministerio Fiscal y a los Abogados de las partes contrarias) de la conducta que sigan las partes en el curso del procedimiento de mediación. Ello impedirá que los datos, las informaciones y los reconocimientos realizados en el curso de las entrevistas y los encuentros puedan trascender al proceso, ni consiguientemente ser utilizados como información procesal válida.

b) La mediación antes de la incoación del proceso penal

Antes del inicio de un proceso penal, las partes pueden someterse a un procedimiento de mediación, que podrá producir efectos en un doble plano:

En relación con la acción civil, señalar que siendo la reparación del daño moral y patrimonial causado por el delito una cuestión de derecho puramente disponible, nada impide que las partes se sometan a un procedimiento de mediación con la finalidad de que la víctima renuncie a la acción civil o de que se llegue a un acuerdo para la satisfacción de la misma por el presunto autor en una determinada cuantía, contenido o plazos de cumplimiento (art. 107 LECRIM).

En materia de acción penal, la mediación anterior al proceso sólo podrá producir la renuncia a la acción penal en los delitos semipúblicos, en los que la persecución depende únicamente de la voluntad del ofendido o perjudicado⁸⁶.

⁸⁵ Es más, lo preferible sería que, en caso de fracaso de la mediación, al proceso penal sólo trascendieran dos trámites: uno, la derivación de un asunto a la mediación (decisión inicial adoptada por el Juez o el Fiscal a la vista de las circunstancias objetivas del caso, y para cuya adopción no es necesario el consentimiento de las partes), y otro, la declaración de la mediación como fallida (sin que tal declaración especifique si la falta de éxito se debe a una negativa inicial de las partes, o a la imposibilidad de llegar a un acuerdo, una vez iniciado el procedimiento).

⁸⁶ Se trata de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos por particulares (art. 201 CP), calumnias e injurias contra funcionario público, autoridad o agente (art. 215.1 CP), delitos de daños (art. 267.2 y 3), y todas las

c) La derivación a la mediación de una causa penal en fase de instrucción

La disponibilidad de los derechos de restitución, reparación e indemnización por los daños causados por el delito se mantiene a lo largo de todo el procedimiento, lo que quiere decir que la víctima podrá mantener con el presunto autor una mediación paralela al proceso penal en relación con la acción civil, pudiendo resultar de la misma la renuncia a dicha acción en el proceso o la minoración de sus exigencias. En uno y otro caso tal acuerdo, trasladado al proceso a través de un pronunciamiento expreso de la víctima, puede tener como consecuencia el levantamiento o la reducción de las medidas cautelares impuestas para garantizar la responsabilidad de tal naturaleza (art. 612 LECRIM).

Por lo que se refiere a la acción penal, debe tenerse en cuenta que durante la fase de instrucción, una mediación paralela permitiría básicamente tres efectos sobre el proceso en trámite. En primer lugar, la extinción de la acción penal y por tanto del proceso, cuando la mediación traiga consigo el perdón del ofendido en aquellos delitos semipúblicos en los que se reconoce al perdón efectos extintivos sobre la acción penal. En segundo lugar, la mediación puede producir como resultado el reconocimiento de hechos por el imputado; si ello se produce en el curso de la instrucción del procedimiento abreviado y el delito no tiene aparejada pena mayor de tres años de privación de libertad, tal reconocimiento de hechos produce como efecto inmediato la conversión del procedimiento abreviado en diligencias urgentes del juicio rápido, con la posibilidad de lograr la conformidad premiada, que supone la rebaja de un tercio de la pena impuesta (arts. 779.5, 800 y 801 LECRIM). En tercer lugar, un acuerdo de mediación sobre responsabilidad civil, e incluso sobre satisfacción moral en materia penal en delitos en los que el perdón no extingue el proceso, puede producir el levantamiento o la suavización de las medidas cautelares personales si se estima que no concurre riesgo de fuga, peligro de obstrucción, o peligro de reiteración delictiva (art. 539 LECRIM).

d) La derivación a la mediación de una causa penal en fase de juicio

Si nos referimos a la acción penal, en la fase de preparación y celebración del juicio tenemos que distinguir si se trata de delitos que admiten los efectos extintivos del perdón o no. Cuando se

faltas semipúblicas (art. 639 CP). En estos casos, la víctima puede renunciar a interponer la denuncia, lo que impedirá la apertura del proceso penal y la exigencia de responsabilidad de esta clase, cuando entienda suficientemente reparado el daño, bien porque se haya satisfecho plenamente la responsabilidad civil, bien porque, además o en su lugar, haya obtenido del presunto autor una satisfacción equivalente (perdón, reconocimiento de hechos, compromiso de reparación, ofrecimiento de conducta rehabilitadora, etc.)

trata de delitos semipúblicos que admiten los efectos extintivos del perdón del ofendido, será este efecto el que se produzca si la mediación conduce a que la víctima manifieste dicho perdón.

Si se trata de otros delitos, sólo producirá efectos la conformidad formalizada antes o al inicio de las sesiones del juicio oral en los términos que hayan acordado, inicialmente y en la mediación, víctima y acusado, y en un segundo momento, acusación (la que mantuviera el escrito con calificación de mayor gravedad) y acusado (arts. 784.3 y 787 LECRIM).

En relación con la pena a imponer por el tribunal hay que distinguir tres posibilidades. En primer lugar, hay que considerar que la reparación del daño causado por el delito está regulada como una atenuante genérica en el art. 21.5 del Código Penal⁸⁷. Si de la mediación resulta acuerdo de reparación por parte del presunto autor, la atenuante puede funcionar, bien como una atenuante ordinaria si no concurre agravante, en cuyo caso la pena no sobrepasará la mitad inferior de la duración prevista para el delito (art. 66.2 CP), bien como una atenuante muy cualificada si la reparación es especialmente relevante, en cuyo caso puede llegar a rebajar la pena en uno o dos grados (art. 66.4 CP).

En segundo lugar, y siempre en relación con la pena a imponer, debe notarse que la reparación del daño causado por el delito, acreditada en el proceso a través de una mediación extraprocésal, favorece la suspensión condicional de la pena, siempre que se cumplan además otros requisitos objetivos (art. 83.5 CP).

Por último, si se acredita la reparación del daño causado por el delito, el tribunal sentenciador puede acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por penas de arresto o multa conforme a lo prevenido en el art. 88 CP).

e) La mediación en la fase de ejecución penal

Por último, el acuerdo extraprocésal con la víctima alcanzado a través de la mediación puede favorecer la concesión de cuatro beneficios dentro de la fase de ejecución penal⁸⁸. Así:

⁸⁷ Sobre la interpretación jurisprudencial de la reparación del daño puede verse «La circunstancia atenuante de reparación del daño», en el número monográfico de La Ley Penal, núm. 44, págs. 70 y ss.

⁸⁸ Algo que se recomienda por los propios profesionales de la justicia especializados en estas cuestiones: vid. HERNÁNDEZ RAMOS, «Implantación...», cit.

- ▣ El acuerdo con la víctima puede favorecer la progresión en el grado penitenciario (art. 72 LOGP).
- ▣ El acuerdo con la víctima puede favorecer la concesión del tercer grado penitenciario⁸⁹.
- ▣ El acuerdo con la víctima puede favorecer la concesión de la libertad provisional del condenado (art. 90 CP).
- ▣ El acuerdo con la víctima puede favorecer la concesión del indulto.

C) La justicia restaurativa en los Proyectos de reforma del Proceso Penal español de 2011 y 2013

La vigente Ley española de enjuiciamiento criminal fue aprobada en 1882. La transformación jurídico-política, social y económica de España desde entonces hasta hoy, reflejada muy señaladamente en la Constitución de 1978, ha hecho imprescindible la sustitución del modelo acusatorio formal o mixto de la vieja Ley procesal penal decimonónica por un nuevo sistema de justicia penal que responda al moderno patrón acusatorio del proceso justo o debido. No obstante, la dificultad de encontrar un amplio consenso técnico e ideológico sobre el nuevo modelo de proceso penal explica, entre otras razones, que hasta hace bien poco no se hayan emprendido iniciativas legislativas en esta dirección. Pero parece que, finalmente, el legislador, atento a las reclamaciones de la doctrina, de la jurisprudencia y de los profesionales del Derecho, está decidido a afrontar la reforma del proceso penal español. En apenas dos años han sido publicados, sucesivamente, dos anteproyectos completos y articulados para un nuevo código de proceso penal; el primero, obra del gobierno socialista, en 2011; el segundo, elaborado por el gobierno del partido popular (centro-derecha), en 2013. Por lo que a este trabajo interesa, conviene subrayar que ambos introducen mecanismos y fórmulas de justicia restaurativa a través de la mediación penal.

⁸⁹ Caminando, más o menos conscientemente, por la vía de la justicia restaurativa, la Instrucción 2/2005 que modifica la previa Instrucción 2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas, exige como requisito para poder clasificar a los internos en tercer grado o progresar a él, tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito, que puede verificarse, bien mediante el pago efectivo, bien mediante el compromiso de voluntad y capacidad de pago concretado de alguna de las siguientes maneras: conducta previa orientada al pago; condiciones económicas existentes, garantías ofrecidas y beneficios obtenidos por el delito junto con la entidad del perjuicio y número de perjudicados.

El Anteproyecto de 2011 contempla la mediación en el marco más amplio del principio de oportunidad, de tal forma que el acuerdo producto de la mediación podrá conducir a la renuncia o al ejercicio condicionado de la acción penal por el Ministerio Público.

Tal y como se señala en la exposición de motivos que precede al anteproyecto, la mediación «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 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».

Dentro del marco señalado, el Ministerio Público, a la vista de las circunstancias del caso y de los sujetos implicados (agresor y víctima) podrá someter el procedimiento penal a mediación. Si esta concluye con un acuerdo reparador, quedará el Ministerio Público habilitado para aplicar el principio de oportunidad (renunciando al ejercicio de la acción penal) o para reconducir el procedimiento a un acuerdo de conformidad, con la consiguiente reducción de la pena. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de los acuerdos reparatorios a los que las partes hayan llegado en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito.

También el anteproyecto de 2013 acoge la figura de la mediación penal, aunque la exposición de motivos que precede al texto articulado se encarga de introducir algunas matizaciones de principio y marco de entendimiento respecto de la propuesta de 2011. Así se señala que «la justicia restaurativa se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor. Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa».

Sin embargo, la amplitud y flexibilidad del marco, y sobre todo de los efectos anunciados, no tiene un claro desarrollo en el texto del anteproyecto, en el que únicamente se señala, al tratar los efectos de la mediación (art. 146) que «ni el Ministerio Fiscal ni el Tribunal ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la

víctima, si se alcanza», sin que sobre los posibles efectos del acuerdo de mediación se indique nada más en el texto. Tratando de explorar campos distintos a la conformidad y a la oportunidad para los efectos de una mediación positiva, cabría señalar las previsibles consecuencias de la mediación en materia de responsabilidad civil, la proyección del perdón del ofendido sobre la imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, la aplicación en la sentencia de la atenuante consistente en la reparación del daño (como atenuante genérica o como muy cualificada), el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena o la sustitución de la pena de prisión por penas de arresto o multa. Por último, en fase de ejecución, el acuerdo reparatorio puede favorecer aspectos importantes de régimen penitenciario como la progresión de grado, la concesión del tercer grado, la concesión de la libertad condicional o el indulto.

7.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa es un movimiento de muy reciente aparición, que comprende propuestas de reforma muy heterogéneas, y poco definido aún en sus fundamentos, instrumentos, límites de actuación y resultados. Es pronto, pues, para plantear un análisis crítico completo y de conjunto; por el momento, lo que puede ofrecerse es una valoración inicial, en lo que hasta ahora se conoce, de sus principios básicos y de su principal herramienta, concretada en la mediación penal.

Esta valoración inicial pasa por destacar, en primer término y en forma esquemática, las ventajas e inconvenientes fundamentales de la justicia restaurativa en general, y de la mediación penal en particular. El balance que ofrece esta relación de aspectos positivos y negativos nos permitirá esbozar, en segundo lugar, una reflexión general a modo de conclusión sobre el valor que a nuestro entender la justicia restaurativa tiene y aporta en el momento actual de la justicia penal, y sobre el papel que cabe atribuirle en un futuro horizonte de reforma, confiemos en que no demasiado lejano.

A) Ventajas e inconvenientes

□ Como ventajas indudables cabe apuntar las siguientes:

- * El protagonismo activo que se otorga a la víctima
- * El interés por la reparación integral (psicológica y económica) del daño causado por el delito
- * El avance en la individualización de la aplicación penal

- * Fomenta la responsabilidad y la necesidad de rehabilitación en el agresor
- * Puede funcionar para mejorar la prevención especial
- * Es útil como instrumento de descongestión de la justicia penal

□ Como inconvenientes principales deben señalarse los siguientes⁹⁰:

- * La privatización del modelo de justicia penal sobre derechos innegociables
- * La situación de la víctima y agresor en el mismo plano
- * La debilidad del fin preventivo de la sanción penal
- * Peligro de burocratización de la mediación por falta de medios y por aprovechamiento fraudulento de ventajas procesales
- * Falta de infraestructura de medios soporte la tramitación y los efectos

B) Conclusión

En un periodo de crisis como el que en la actualidad atraviesa el conjunto de sistemas de justicia penal, la aparición de iniciativas maduradas que supongan alternativas para un replanteamiento, revisión o reforma del modelo vigente, han de ser recibidas con atención e interés.

En el caso de la justicia restaurativa, el interés está doblemente justificado. Por un lado, se trata de un movimiento que ha pasado de la teoría a la práctica, contando en el momento presente con amplio respaldo en la normativa internacional y en los ordenamientos internos de muchos países. Por otro lado, estamos ante un movimiento que aporta soluciones extraordinariamente novedosas al derecho y al proceso penal, casi revolucionarias cabría decir, ya que modifica la finalidad del propio sistema penal (centrado ahora en la restauración integral del daño), el centro subjetivo de gravedad (que pasa a ocupar la víctima) y el esquema de solución del conflicto (que deja de ser vertical para convertirse en un modelo horizontal de solución consensuada).

Pero quizá por esa enorme carga de revolución utópica que aporta al debate actual sobre el futuro del proceso penal, convenga recibir sus propuestas con cierta moderación, y no poner todas las esperanzas de futuro en un instrumento que puede ayudar a resolver problemas, pero que no es en sí mismo la solución de todos los males que aquejan a la moderna justicia penal.

⁹⁰ Algunas objeciones a la mediación penal pueden consultarse en PASQUAL DEL RIQUELME, «Mediación penal...», cit., págs. 42 y ss. Planteamientos críticos vid. también en ORTUÑO/HERNÁNDEZ DÍAZ, «Sistemas alternativos...», cit., págs. 65 y ss.

La justicia restaurativa aporta, a nuestro modo de ver, soluciones complementarias para el futuro modelo de justicia penal, cuyo referente debe seguir siendo, esencialmente, un proceso vertical de solución judicial de conflictos. Ello no reduce el valor de la justicia restaurativa, ni de la mediación penal, sino que trata de situarlas en su adecuada dimensión, como herramientas de solución alternativa, que podrán activarse, bajo el principio de legalidad, en determinados delitos, cuando concurren en ellos determinadas condiciones, y siempre contando con el control judicial y la voluntariedad de las partes concernidas.

A la hora de su puesta en marcha, habrá que analizar con detalle, entre otros aspectos, el ámbito de aplicación, el régimen de la opción por la vía del consenso, la protección de las garantías procesales, el control judicial sobre el acuerdo, la proporcionalidad de los beneficios y, sobre todo, los medios materiales y personales disponibles, de tal forma que no se produzcan discriminaciones respecto del proceso penal ordinario, ni se genere por su aplicación un efecto estimulante sobre los índices de delincuencia, ni menos aún quede la justicia restaurativa, como tantas veces ha sucedido con otras normas, como una buena ley inaplicada.

Precisamente por ello, y sin perjuicio de ir incorporando progresivamente las propuestas de justicia restaurativa al esquema de reforma del proceso penal, quizá convenga, antes o al tiempo, aprovechar al máximo las posibilidades que proporciona para la protección de las víctimas el actual sistema de justicia penal, aplicando realmente la legislación vigente en esta materia, lo que debiera merecer una reflexión de fondo para evitar dar una vez más la razón a Montesquieu cuando en su obra *Notas sobre Inglaterra* advertía: «al visitar un país no me paro a ver si tiene o no buenas leyes sino a comprobar si se cumplen, pues buenas leyes en todas partes las hay».