

JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN. POSTULADOS PARA EL ABORDAJE DE SU CONCEPTO Y FINALIDAD

RESTORATIVE JUSTICE AND MEDIATION. ASSUMPTIONS TO APPROACH ITS CONCEPT AND PURPOSE

Julian Carlos Ríos Martín* y **Alberto José Olalde Altarejos****

* Abogado y mediador. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas.

** Trabajador Social y mediador. Coordinador del módulo de especialización en mediación comunitaria del Master en Gestión y Resolución de Conflictos: Mediación de IL3, Universidad de Barcelona.

Resumen: Este artículo pretende ofrecer una reflexión sobre los postulados de la Justicia Restaurativa, como paradigma innovador en el ámbito de la justicia penal. Se abordan cuestiones actuales de relevancia jurídico-penal, se exponen sus principios y se explican las posibilidades que los procesos restaurativos otorgan a personas infractoras, víctimas y la propia comunidad para la resolución pacífica y creativa de conflictos de índole penal. Como complemento a la reflexión se ofrece un caso práctico de mediación en delito.

Abstract: This article offers a reflection upon the principles of restorative justice as an innovative paradigm in the field of criminal justice. It addresses current relevant issues in the field of penal law and also its principles, and it offers an explanation of the possibilities that offenders, victims and community members have to get the penal conflict resolved by peaceful and creative means. In order to complement the analysis a mediation case is presented applied to criminal case.

Palabras Clave: Justicia restaurativa, mediación, reparación, víctimas, derecho penal, diálogo.

Key Words: Restorative Justice, mediation, reparation, victims, penal law, dialogue.

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

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

A este objetivo van encaminados los postulados que siguen.

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

El proceso penal convencional no respeta convenientemente ni atiende a las necesidades efectivas de las personas que, tapadas bajo una maraña de formalidades, acaban por ocultar la naturaleza del problema subyacente en la infracción penal y por hacer imposible un abordaje razonable de sus soluciones. Asimismo supone, en la mayoría de los casos, una experiencia dolorosa para las víctimas y para los infractores¹. Bien puede decirse que, desposeídas las partes del conflicto, son instrumentalizadas con fines punitivos, orientando toda la formalización procedimental hacia pretensiones procesales ajenas por completo a la solución que unos y otros habrían considerado razonable. Efectivamente esta opción es la que se corresponde con la que mantienen algunos penalistas para afirmar que «no le corresponde al Derecho Penal resta-

ñar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por éste»².

Frente a este diagnóstico, la mediación penal, en sentido amplio, consiste en el método de resolver los conflictos que, debidamente incorporado al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por aquéllos, devolviéndoles una parte de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización de la persona infractora y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima por la infracción penal. Supone, por tanto, una respuesta dirigida más a atender necesidades reales de la víctima, de la persona infractora y de la comunidad social que pretensiones procesales simbólicas³.

Como descripción introductoria en los términos recogidos en documentos de Naciones Unidas, cabe señalar que la mediación ofrece a la víctima del delito la oportunidad de participar directamente en la solución de la situación creada por la infracción penal y abordar sus consecuencias; de recibir respuestas a sus preguntas acerca de los hechos directamente de la persona ofensora, si así lo desea; de expresar el impacto sufrido a consecuencia de lo ocurrido; de obtener la restitución o reparación; de recibir disculpas; de

¹ Como señala Braithwaite, la mediación es un proceso donde todas las personas con algún interés afectado por una injusticia tiene la oportunidad de discutir las consecuencias de la misma y lo que habría que hacerse para poner las cosas en su lugar. El valor clave es que, dado que la injusticia daña, la justicia debe sanar, (Braithwaite, John, 2003. The fundamentals of restorative. In *A Kind of mending: restorative justice in the pacific island*. Eds. Sinclair Dignen, Anita Jowit and Tess Newton Cain, 2003).

² SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *Revista del Poder Judicial*, 1997, num. 45.

³ Vid. Pascual Rodríguez, E., «La mediación en el Derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento». En *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2006.

⁴ United Nations, 2006. Handbook on restorative justice programmes. New York: United Nations. Office on Drugs and Crime. Criminal Justice Handbook Series.

La mediación y su aplicación tienen que estar en una permanente revisión crítica para evitar desviaciones o perversiones respecto de los valores que promueve el modelo teórico que la fundamenta: la Justicia Restaurativa

restaurar, cuando sea necesario, la relación con la persona ofensora; de establecer reglas de conducta preventivas de cara al futuro; de elaborar eficazmente su particular duelo y alcanzar su cierre. Por su parte, a la persona infractora se le brinda la oportunidad de reconocer la responsabilidad sobre lo ocurrido y conocer y comprender sus efectos en la(s) víctima(s); de expresar sus emociones (incluso el remordimiento) respecto de la ofensa; de recibir apoyo para reparar el daño causado a la víctima o a su familia; de compensar, restituir, reparar, disculparse; de restaurar, cuando sea necesario, la relación con la víctima, de alcanzar un cierre⁴.

Frente a sus innumerables ventajas, no podemos dejar de apuntar un riesgo preocupante sobre el que se volverá más adelante: la mediación puede quedar anclada en un carácter instrumental y reducida a una mera formalidad burocrática en la que primen criterios pragmáticos; ser concebida por los poderes públicos como medio de solu-

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

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

Como señala Ferrajoli, «el Derecho penal, aun rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política». Un análisis del sistema penal en sus consecuencias revela la fría y deshumanizada mecánica del *crimen y castigo*.⁵

En efecto, en el modelo hoy imperante en nuestro sistema penal –basado en los postulados de la justicia retributiva–, «el mal reclama el mal»⁶, la reparación de la ofensa, del delito, exige una pena, una sanción equivalente. La justicia tiene que ver más con la venganza que con el reconocimiento

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

⁵ En este sentido, la mediación trata de poner rostro y biografía a la burocracia despersonalizada del proceso penal y de superar el diagnóstico de Carnelutti: «desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes...». CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 2005, 48. Cit. por Ramón SÁEZ VALCÁRCEL en la ponencia –de especial interés y recomendada lectura–, «La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, 2007, 37.

⁶ Gustavo ZAGREBELSKY y Carlos María MARTINI. *La exigencia de justicia*. Mínima Trotta. 2006.

tes procesales, del sistema judicial y de la propia comunidad.

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

3. La justicia restaurativa supone una opción por el diálogo, no por la confrontación

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

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

La Justicia Restaurativa, a través de la mediación, trata de encontrar soluciones que impulsen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, explorar arreglos en lugar de

La Justicia Restaurativa apela a lo mejor de las partes y juega con ello a favor de una resolución que acaba siendo realmente sanadora

dar órdenes, buscar soluciones que fomenten la compensación y no represalias de modo que se «anime a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, hacer el mal»⁷. Se trata de estimular el diálogo; ayudar a ponerse en el lugar del otro; cultivar actitudes empáticas; cuidar los procesos de responsabilización personal (único antídoto efectivo frente a la reincidencia); evitar la frecuente confusión entre la responsabilidad ética⁸ (que mira hacia el pasado pero, sobre todo, hacia el futuro) y la responsabilización criminal (proceso de adquisición de conocimiento que mira siempre hacia el pasado y, en último extremo, permite que los protagonistas puedan ver reafirmada su presencia en el marco de la intervención institucional ante su conflicto)⁹.

Bien puede decirse que en la forma de abordar los conflictos, la Justicia Restaurativa apela a lo mejor de las partes y juega con ello a favor de una resolución que acaba siendo realmen-

El derecho a la verdad forma parte de la reparación debida

te sanadora no sólo para los intereses enfrentados sino para la colectividad entera.

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

El reconocimiento voluntario de la autoría¹⁰ (y el acto de responsabilidad que en él se manifiesta obtenido tras un proceso de mediación) es el punto de partida para la resolución eficaz del conflicto. No sólo es una pretensión procesal y premisa mayor fáctica para la consecución de una consecuencia jurídica. El derecho a la verdad forma parte de la reparación debida. Solamente desde la verdad se puede reparar adecuadamente, se superan los miedos y se pacifica la convivencia de manera duradera; sólo desde la verdad se individualiza justa y útilmente la respuesta penal. Se trata de hacer frente al reto moral más imponente al que convocara Kant con su «atrévete a saber»; tener la audacia de conocer la verdad material y no sólo la procesalmente relevante, de ahondar en las consecuencias materiales y morales de todo proceso penal, de lo que supone para las personas y sus circunstancias más allá de lo que pueda constar en los autos y expedientes judiciales. Se trata de reconocer la constatación zubiriana de que «el hombre es un ente que no puede desentenderse de la verdad, sino que

⁷ CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, o.c., 134.

⁸ JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, Herder, Barcelona, 1995.

⁹ Como señala Pranis, la Justicia restaurativa asume que los humanos somos profundamente relacionales. Hay una necesidad humana fundamental que significa estar en buena relación con los demás. El enfoque restaurativo reconoce y trabaja con esta necesidad humana, PRANIS, K. Restorative values. In *Handbook of restorative justice*, eds. Ferry Johnstone, Daniel W. Van Ness, 59-74, Willan publishing

¹⁰ Que, naturalmente, no implica necesariamente acuerdo sobre todos los hechos conforme son literalmente expuestos y relatados en el acta de acusación.

ésta constituye un ingrediente esencial de su propia realidad humana»¹¹. En el proceso penal convencional, sin embargo, interesa la verdad formal; la verdad material no se aprecia ni se recompensa, y así en no pocas ocasiones la víctima se siente engañada respecto de los hechos, dando con ello entrada a sentimientos de impotencia o, peor aún, de venganza.

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

5. La justicia restaurativa convierte a la víctima en protagonista

La Justicia Restaurativa nos introduce de lleno en *el tiempo de las víctimas*. Definitivamente no puede disimularse que todo el sistema penal moderno se edificó en torno a la idea de castigar al culpable, olvidando la protección de los intereses y derechos de la víctima. Con Roxin se puede afirmar que «nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, aunque sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y, recién después, ver si existe algo más que disponer»¹². Se trata de una autén-

Su recién adquirida relevancia no debe servir de coartada para recortar los derechos del infractor y las garantías del sistema o incrementar la dureza de su respuesta

tica «neutralización de la víctima» según el certero diagnóstico de Hassemer. El daño se despersonaliza y lo injusto de lo sucedido se configura como un atentado contra valores considerados en abstracto, condiciones básicas para nuestra vida social, desapareciendo la visión del delito como suceso interpersonal que, además de afectar a la sociedad, ha producido un daño tangible que conviene reparar.

A pesar de previos esfuerzos de algunos prestigiosos juristas y criminólogos, la victimología en nuestro país se ha hecho visible tardíamente y parcialmente, sólo respecto de determinadas categorías de víctimas, las provocadas por el terrorismo y más tarde las que padecen la violencia de género. No obstante tal limitación inicial, el respeto que las víctimas de todo delito merecen ha terminado por situarse en el primer plano de atención de los

La mirada restaurativa es superar la confrontación y apostar por el diálogo

expertos. En todo caso, es conveniente alertar acerca del riesgo de que su recién adquirida relevancia en el proceso penal no sirva de coartada para, utilitaria y torticeramente, recortar los derechos del infractor y las garantías del sistema o incrementar la dureza de su respuesta. Víctima e infractor están situados en posiciones procesales diferentes. Sin embargo, el único momento de enfrentamiento irresoluble entre ambos lo constituye el infeliz momento del delito. Es entonces cuando sus intereses son radicalmente contrapuestos. Lo que más tarde debe procurar el proceso penal contemplado desde la mirada restaurativa es superar la confrontación y apostar por el diálogo. Para ello, habrá de asegurar la protección inmediata y efectiva de la víctima y su derecho a la reparación del daño, y hacer posible que el infractor asuma los hechos –de haber sido responsable de los mismos– y repare el daño causado.

La Justicia Restaurativa parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluír con los del infractor y con los de la comunidad¹³; la paz y el diálogo social que el delito quebró serán así restablecidos y saldrá fortalecida la vigencia de la norma.

Y es que la Justicia Restaurativa, al reconocer a la víctima, al devolverle el protagonismo que merece y velar por la cobertura de sus necesidades, presenta un enorme potencial sanador para restañar sus heridas, ampliando al mismo tiempo las funciones asignadas al sistema de justicia penal mediante la inclusión de la reparación del daño en todas sus modalidades (patrimonial, simbólica, emocional), lo que constituye, como

¹¹ J. A. NICOLAS, «La teoría zubiriana de la verdad», en J. A. NICOLÁS y O. BARROS, *Balance y perspectivas de la filosofía de X. Zubiri* (Granada 2004) 139

¹² ROXIN, C «La reparación en el sistema de los fines de la pena» en Julio B. J. MAIER (comp.) *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, 140.

¹³ Los procesos restaurativos llamados Conferencias, reconocidas por las Naciones Unidas, promueven la participación de la víctima, de la red de apoyo de esta, de la persona ofensora y su red de apoyo, así como de miembros familiares y otros significativos para los participantes, incluidos aquellos que pertenecen a la comunidad cercana afectada por la ofensa.

señala Rojas Marcos¹⁴, la mejor forma de superar «la obsesión crónica con los malvados que quebrantaron sus vidas y que les impide cerrar la herida y pasar página. Pues es un hecho que los perjudicados por sucesos traumáticos que tienen el pasaporte de víctima temporal se recuperan mejor que aquellos que, consciente o inconscientemente, se aferran a esta nacionalidad por un tiempo ilimitado». Se trata, en suma, de ayudar a vivir incluso los delitos más graves como una «terrible odisea, pero una odisea ya superada».

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

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

Ser responsable implica aceptar que –ante la estructura jurídico-formal de reproche– se ha de responder, se han de asumir las consecuencias de los actos y tratar de reparar sus efectos dañinos. Lo que equivale a poner en juego la dimensión ética del ser humano y convertir a cada persona en reconductora de su propia vida. Contra lo que suele pensarse, la mayoría de las personas está dispuesta a disculparse y reparar el daño causado. Ese es también el máximo interés de buena parte de las

Contra lo que suele pensarse, la mayoría de las personas está dispuesta a disculparse y reparar el daño causado. Ese es también el máximo interés de buena parte de las víctimas

víctimas, mucho más atentas a esos objetivos que al castigo como tal. Sin embargo, el sistema de justicia retributiva no incentiva ni el reconocimiento de la autoría del delito ni su perdón; más bien estimula lo contrario. Al poner el acento en la *responsabilidad criminal*, minimiza la *responsabilidad ética*. Así, por paradójico que parezca, el sistema penal convencional termina generando irresponsabilización, despersonalización, incapacidad para asumir consecuencias. Todo un impagable servicio a la reincidencia.

Desde la mirada de la Justicia Restaurativa se contempla un sujeto libre (aunque condicionado por las circunstancias), capaz de dialogar y de adoptar decisiones morales y, sobre todo, *perfectible*, porque aunque nuestros comportamientos nos pertenecen, no nos definen y, menos aún, nos predeterminan o configuran definitivamente nuestra identidad.

La Justicia Restaurativa apela, pues, «a lo mejor» de cada ser humano, tam-

La Justicia Restaurativa apela «a lo mejor» de cada ser humano

bién del infractor, al que invita a reconocer la verdad, a hacerse responsable de sus consecuencias, a abandonar un estilo de vida poco respetuoso con el prójimo (aunque sea consecuencia de una historia de desatención y carencias) y a alcanzar autonomía y respeto a las normas de convivencia social. En términos de invitación, no de imposición.

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

En definitiva, la Justicia Restaurativa, al tiempo que responsabiliza al infractor frente a la víctima y le compromete con la efectiva reparación del daño causado, atiende a sus necesidades reales¹⁵, especialmente la de conocer la trascendencia y alcance del mal causado por medio, precisamente, de la persona que lo ha sufrido; posibilita su rehabilitación y su reinserción en la sociedad y facilita el análisis de la etiología del delito para atender sus déficits personales y sociales, si los hubiere.

¹⁴ ROJAS MARCOS, L., «¿Condenados a víctimas perpetuas?» en diario *El País*, 28 de julio de 2005.

¹⁵ SÁNCHEZ ALVÁREZ, P., «Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, 2007, 25 ss.

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

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

Para alcanzar un incremento en la legitimidad del sistema penal en los términos planteados y obtener una mayor satisfacción de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos de naturaleza penal –atendiendo a las necesidades de la víctima y apoyando la posibilidad de reinserción de los infractores–, la mediación se revela como un instrumento privilegiado en el seno de proceso penal y respetuoso con todas las garantías procesales, al reconocerlas como el logro más perfilado del Derecho penal, sustantivo y procesal. Por ello, la apuesta realista de la Justicia Restaurativa a través de la mediación que proponemos, estará siempre presidida por el exquisito cuidado en no vulnerarlas, y aun más, tratará de aunarlas y garantizar

eficazmente la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a la tutela efectiva de los tribunales, en la convicción de que su reubicación en un horizonte más amplio de justicia evitará su reducción a meras declaraciones formales y retóricas.

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

La mediación, como toda herramienta que trata de gestionar relaciones personales, conlleva riesgos sobre los que se debe reflexionar y actuar para anularlos o minimizarlos¹⁶; en este sentido, el Juez, el Fiscal, el Abogado y el Mediador son los responsables y garantes, en sus diferentes ámbitos competenciales, de neutralizarlos y de dotar de seguridad al proceso restaurativo, mediante la observancia durante el desarrollo del proceso de mediación de *los principios que caracterizan la mediación* al tiempo que la protegen frente a los riesgos y los excesos que eventualmente pudieran afectarles:

- **Voluntariedad** de las partes¹⁷. El proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora. Se debe garantizar para la víctima la ausencia de cualquier tipo de presión y para la persona acusada la posibilidad de volver a la fase procesal que corresponda. Respecto de la información, se exige en la necesidad de que las personas –partes procesales– estén perfectamente in-

formadas de las fases del proceso de mediación, de sus repercusiones y consecuencias, de los derechos que le asisten como parte procesal tanto si se someten a la mediación como en caso contrario.

- **Gratuidad**. El proceso será totalmente gratuito debido al carácter público que tiene el Derecho penal; los gastos derivados de la mediación serán asumidos por la Administración de Justicia.
- **Confidencialidad**. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. El Juez no tendrá conocimiento del contenido del proceso salvo lo pactado en el documento final –acta de acuerdos/reparación–, y lo que las partes deseen expresar en el acto de la vista oral. En ningún caso, si alguna de las personas quiere desistir de la mediación realizada, hasta antes del inicio del juicio oral, ni el juez, ni el fiscal, ni abogados acusadores o defensores, pueden utilizar dato o expresión alguna recogida en el acta de acuerdos. Dicho de otro modo, las expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio oral.
- **Oficialidad**. Le corresponde al Juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal.
- **Flexibilidad**. El proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. No obstante, se esta-

¹⁶ A saber: el abuso o presiones por parte del infractor a la víctima para llegar acuerdos y reducir la pena; el abuso de la víctima exigiendo actos de reparación desproporcionados que excedan de los límites legales; la limitación de derechos procesales; la disminución de la eficacia, fin preventivo de la pena, u otros que se expondrán detalladamente en otros epígrafes.

¹⁷ Seguimos, en lo que sigue de este apartado, el texto «La Mediación Penal y Penitenciaria. Un programa para su regulación». Coord. C.SÁEZ, Thompson-Aranzadi, 2008, págs. 319 y ss.

blecerán plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, así como obligaciones del mediador para que informe periódicamente de su evolución

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

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

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

El carácter público de este instrumento de justicia restaurativa queda

La mediación aquí tratada no provoca la privatización del proceso sino una más adecuada respuesta al delito, integrada en el sistema penal

garantizado en tanto que corresponde a los diversos poderes y órganos estatales –desde el legislador hasta los operadores jurídicos– definir y delimitar el marco de la mediación, sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales, y asegurar la observancia de las garantías procesales, evitando o corrigiendo los eventuales abusos que pudieran aparecer. La acción pública continúa en manos del Ministerio Fiscal, que debe mantenerla y fijar los límites penológicos que no deben ser sobrepasados en el acuerdo de mediación, correspondiendo al Juez determinar en la resolución que ponga fin al procedimiento la consecuencia jurídica de la infracción penal, así como los contenidos reparadores. Con independencia de la función fiscalizadora y garantista del Ministerio público y del Juez al controlar y sancionar los contenidos y el alcance de los acuerdos de reparación suscritos por las partes, se trata desde luego de un modelo de justicia innovador porque se construye en «horizontal», por medio del diálogo entre iguales, sin fórmulas encorsetadas ni imposiciones, frente a la «verticalidad» y rigidez formal del proceso penal convencional¹⁸. Pero la introducción en el sistema de justicia penal de estructuras y perspectivas novedosas no altera su esencia ni autoriza

a vincular la llamada «privatización» del derecho penal con la mediación.

Desde otro punto de vista, se argumenta asimismo que la privatización a que inevitablemente aboca la mediación a partir de la constatación de que la mayor presencia y protección de la víctima en el proceso penal se encuentra frecuentemente asociada al intento de otorgarle «un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito»¹⁹, atendida la naturaleza privada de la reparación. En suma, se plantea, especialmente en círculos científicos, la «ubicación de la reparación en el sistema de la teoría de la pena» reflejándose así el temor de que a fuerza de atender prioritariamente los intereses de la víctima se termine «por suprimir la pretensión penal o su necesidad de realización»²⁰ y finalmente se diluya la diferencia ontológica entre el derecho civil y el derecho penal. Sin embargo, no hay que olvidar que la participación en una mediación en el seno de un procedimiento penal, por el rasgo esencial de voluntariedad a que nos venimos refiriendo, no se resuelve forzosamente en la consecución de un acuerdo, y de ser así, la reparación consensuada –que puede no tener contenido indemnizatorio e incluso ser de carácter simbólico– coexiste en todo caso con la sanción penal. Así pues, la reparación pactada en el eventual acuerdo no sustituye a la penal, la atenúa en su imposición, o la sustituye o suspende en su ejecución. Tampoco desde esta perspectiva los temores acerca de la influencia de la mediación penal sobre la disolución de los límites públicos y privados del ordenamiento jurídico se hallan, pues, justificados.

La presencia cada día más intensa y extensa de la llamada *Justicia penal negociada*, que en nuestro ordenamiento jurídico penal se concreta en los llama-

¹⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, M. «Justicia reparadora, mediación y sistema penal. Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?» en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Ed. Edisofer, Madrid 2008.

¹⁹ ESSER, A., «Acercas del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal», pág. 51 en «De los delitos y de las víctimas», Ad-Hoc, 2008.

²⁰ HIRSH, H.J., «La reparación del daño en el marco del derecho penal material», pág. 84 en la obra citada «De los delitos...»

dos «juicios de conformidad», esa «suer- te de negocio jurídico procesal»²¹, y su injustificada vinculación con la media- ción, abonan la confusión –a menudo in- teresada– y conducen a trasplantar a la mediación las sospechas que se propa- gan en torno a la justicia penal negocia- da de contribuir a contaminar el derecho penal –paradigma del derecho público– con elementos propios del derecho priva- do. A ello nos referiremos más detallada- mente en el siguiente apartado.

10. Caso de mediación²²

Sofía es una joven de veintidós años que va a ser juzgada por el Juzgado de lo penal por unos hechos que ocurrie- ron –al poco de alcanzar su mayoría de edad– cuando salió tras el cumplimien- to de la medida judicial de internamien- to en Centro Educativo²³. Se le juzga por un comportamiento continuado de agresiones verbales y físicas a su madre, María, viuda de cincuenta y nueve años que vive actualmente con su otra hija.

La derivación se produce por parte del Juzgado de lo Penal y se comienza a trabajar en entrevistas individuales de forma separada con cada una de ellas. Se toma contacto los letrados que son informados de la participación de las protagonistas.

El proceso restaurativo dura algo me- nos de dos meses y demuestra que una dinámica de estas características es también un proceso de cambio, empo- deramiento y fortalecimiento personal a través del reconocimiento de las ne- cesidades de la otra persona.

Sofía se encuentra en un proceso per- sonal que califica como positivo (tiene pareja sentimental, un puesto de traba- jo estable y ha abandonado las amista- des y entornos de ocio nocturno que se- gún ella le perjudicaban por la presencia de alcohol y drogas). Tiene un recuer- do muy negativo del día de los hechos, porque su madre llamó a la Policía y fue sacada a la fuerza del domicilio, por or- den judicial. Desde entonces Sofía no ha tenido ningún contacto con su madre, dado además que está en vigor una pro- hibición de aproximación.

Se realizan 3 sesiones de trabajo con Sofía, donde tras explicar las caracte- rísticas y principios del programa Sofía tiene la oportunidad de reflexionar so- bre las consecuencias de sus actos, sus sentimientos hacia lo ocurrido y hacia su madre. Utiliza las sesiones indivi- duales para adquirir habilidades y pre- parar el encuentro donde desea expre- sar su arrepentimiento por lo ocurrido y muestra deseos por reparar los he- chos que son juzgados y otros que no han sido judicializados.

Sofía hace un repaso a su vida y re- lata que hasta el momento de la salida de casa por orden judicial se comporta- ba de manera muy agresiva y con con- tinuos desprecios e insultos a su madre y a su hermana, por lo que comprende que fuera internada en un colegio de monjas. Entre los quince y los dieciocho años ingresó varias veces por orden ju- dicial en un Centro de Internamiento y su vida se caracterizaba por la presen- cia continua de conflicto y agresividad.

No finaliza sus estudios de secunda- ria, más tarde intenta con los de admi- nistrativo, pero tampoco tiene buenos resultados, decide abandonar los estu- dios y se incorpora al mercado de traba- jo en tiendas de ropa y calzado.

Sofía se siente culpable por lo ocu- rrido, cree que es una etapa del pasado que debe cerrar bien y no quiere que se celebre un juicio donde su madre ten- ga que testificar contra ella, además, hay episodios familiares, como agresio- nes continuas por parte de su hermana que ella nunca denunció y desea dejar atrás. Hablar de todo aquello en la sala del juicio puede ser todavía peor, según relata ella misma.

Sofía tiene miedo de encontrarse con su madre y no se imagina la reac- ción que puede tener, después de tan- tos años, aunque intuye que le puede tener miedo, por lo que solicita ayuda

²¹ OLIVA SANTOS, A, «Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad», <http://www.ucem.es/info/procesal/revista/inocencia.html>.

²² Se trata de un caso real cuyos nombres y referencias geográficas han sido cambiados para salvaguardar la confidencialidad y privacidad.

²³ Los hechos ocurren en Diciembre de 2003 y la derivación al servicio de mediación se produce en Septiembre de 2007. El Ministerio Fiscal solicita por el delito de maltrato habitual: un año y nueve meses de prisión, privación del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, así como prohibición de acercarse a María a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante cuatro años, más el abono de las costas procesales. Por las faltas de amenazas e injurias, la pena para cada una de ellas de 20 días de multa a razón de 12 euros día.

al mediador para preparar el encuentro, imaginar lo que puede ocurrir y visualizar el diálogo restaurativo.

Por otro lado, y de forma paralela se van desarrollando dos sesiones de trabajo con María. Antes de ello se toma contacto con la abogada defensora que plantea la imposibilidad de que se desarrolle un acuerdo que suponga retomar la convivencia entre madre e hija, igualmente se muestra contraria al encuentro porque ello puede provocar un perjuicio emocional mayor para su cliente, vistos los antecedentes de su hija.

María acude al Servicio de mediación acompañada por su letrada, lo cual le aporta seguridad y confianza, y tras las presentaciones y explicaciones básicas se queda a solas trabajando con el mediador.

En dichas sesiones María verbaliza que no desea ninguna repercusión penal para su hija y que quiere que la orden de prohibición de aproximación se acabe. Además, señala que no quiere retomar la convivencia con su hija pero que necesita verla porque ello le va a permitir comprender cómo está, desea ser reparada tanto moral como económicamente y anhela que todo se acabe más rápido. Piensa que el encuentro será positivo y podrá comentarle a su hija cómo vivió esa dolorosa etapa de su vida. Recuerda el día de los hechos con mucha vergüenza porque llegó una patrulla de la Policía

a casa, y todavía hoy hay algunos vecinos que no le miran bien.

A María le gustaría que su hija le pidiera disculpas, le gustaría saber y que le explique qué hace en la vida, quienes son sus amigos, y si trabaja o no.

El encuentro, de casi una hora de duración se produce en menos de dos meses.

Madre e hija se sientan frente a frente, dentro del Palacio de Justicia en una sala habilitada especialmente y en compañía del mediador con el único papel de facilitar el diálogo y el encuentro. Inicialmente la tensión es muy alta y las palabras se entremezclan con el silencio y la mirada compasiva. Es la madre quien toma la iniciativa verbal y Sofía comienza a responder a sus preguntas. Las respuestas contribuyen a un clima positivo y el encuentro se va convirtiendo en una reunión cercana y de reconocimiento mutuo donde madre e hija llegan a comprender el sufrimiento mutuo de aquella época. Durante el diálogo restaurativo Sofía expresa sus disculpas hacia su madre por lo ocurrido, le hace partícipe de sus proyectos personales y profesionales y se compromete a reparar económicamente el importe de un electrodoméstico robado en casa mediante la entrega directa y periódica de una cantidad de dinero que le permite retomar el contacto personal con su madre.

Ambas finalizan el encuentro reconociéndose el esfuerzo mutuo y se despiden con gestos afectivos. El mediador acompaña a Sofía en su salida del Juzgado. María se queda un rato más en la sala de mediación haciendo un cierre y valoración de lo ocurrido con el mediador.

Pocos meses más tarde se celebra el juicio, donde a través de una sentencia de conformidad Sofía es condenada a un año de prisión, que se suspende porque reúne los requisitos legales establecidos en el artículo 81 del código penal. Queda extinguida la prohibición de aproximación y a través de la aplicación de la atenuante muy cualificada las faltas quedan sin consecuencias penales para ella.

Al cabo de unos meses, el equipo de mediación toma contacto telefónico con las participantes para entrevista de seguimiento donde se puede constatar: cumplimiento total del acuerdo y la valoración personal de que el conflicto subyacente ha quedado resuelto para las participantes. La reconciliación que se ha producido entre madre e hija es valorada muy positivamente, así como el hecho de que se hubiera facilitado el diálogo directo y profundo entre ambas. La víctima valora satisfactoriamente el resultado judicial, así como el proceso de mediación