

# La mediación penal: especial atención a los extranjeros

## Penal Mediation: Special Attention To Aliens

**Carla de Paredes Gallardo**

Universidad Europea de Valencia, España

**Manuscrito recibido: 27/01/2015**

**Manuscrito aceptado: 20/05/2015**

**Resumen:** La aplicación de la mediación penal comienza con un cambio de mentalidad en la propia sociedad, altamente judicializada, que considera los Tribunales como única vía de solución de conflictos. El derecho penal trata de esclarecer el hecho denunciado y el grado de responsabilidad del imputado. La mediación parte de una premisa distinta: persigue el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de víctima e infractor, y busca un acuerdo de reparación que permita la satisfacción a la víctima y la resocialización del autor. Ante la problemática en materia penal sobre extranjería, y la tendencia actual a recurrir a la expulsión del territorio, es posible aplicar la mediación penal, así como mediación para conflictos relacionales en Centros de Internamiento de Extranjeros. Se plantea que la Justicia Restaurativa y la mediación no constituyen sistemas nuevos de justicia penal, sino que guardan relación con los sistemas consuetudinarios de justicia.

**Abstract:** The use of penal mediation implies a change of mentality in an already highly Court-centred society that considers Courts as the only way to solve conflicts. Criminal law aims to clarify whether the alleged facts existed or not, and what is the defendant's degree of responsibility. Mediation has a different approach: it pursues the victim and the offender's own recognition of a conflict, seeking to achieve a restoration settlement that allows the victim to be satisfied, and the perpetrator to be reintegrated into society. With regards to the problem of aliens in terms of the penal law, and the current trend to expel them from the territory, it is possible to use penal mediation and mediation for relational conflicts in aliens' detention centres. It is suggested in this paper that restorative justice and mediation do not constitute new systems of administering criminal justice but that they relate to customary justice systems.

**Palabras Claves:** Mediación penal. Justicia Restaurativa. Extranjero. Ejecución pena. Centro de internamiento de extranjeros.

**Keywords:** Penal Mediation. Restorative Justice. Alien. Execution of a sentence. Aliens Detention Centre.

En el presente artículo se pretende abordar la mediación en el ámbito penal, en concreto su aplicación en diferentes problemáticas derivadas de las situaciones irregulares de personas extranjeras.

Es evidente que la justicia necesita de manera urgente un cambio en la forma de actuar<sup>1</sup>, siendo posible reparar a la víctima. Desde hace años, se propugna un nuevo cambio de mentalidad en el Derecho Penal, un paso al frente a favor de una clase de justicia en la que el protagonismo se devuelve a las partes involucradas en el conflicto, tal como fue en sus orígenes.

Cada vez es más frecuente acudir a los Tribunales ante cualquier conflicto, por pequeño que sea. Aunque el Derecho Penal no atiende las necesidades actuales de las personas, sigue siendo el único cauce que encuentran los ciudadanos para resolver las disputas y para satisfacer la demanda de respuesta ante la comisión de un delito.

El respeto al principio de Derecho Penal mínimo, consistente en que el Derecho Penal sea la última o subsidiaria herramienta a utilizar, es decir la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de usar otros instrumentos jurídicos no penales para establecer el orden jurídico, se encuentra hoy en día en trance de desaparecer ante la multiplicación de tipos penales y el aumento de las penas. Conservarlo ayudaría a potenciar una mayor responsabilidad personal y social en la gestión de los conflictos a través de los resortes existentes en el tejido social y viceversa, y una sociedad civil más involucrada en la resolución de sus problemas.

El Derecho Penal trata de esclarecer si el hecho denunciado existió o no, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad. Sin embargo, la mediación parte de una premisa distinta.

Fue ya, en los años 70, cuando Hudson Galaways se decantó por la instauración de un sistema de solución de conflictos alternativos al Derecho penal tradicional, aunque fue Zher quien, en 1980 y 1990, construyó un verdadero modelo alternativo al sistema retributivo. En 1993, en el Congreso de Criminología celebrado en Budapest se habló por primera vez de «justicia restaurativa» (Cámara Arroyo, 2011).

Los Sistemas de gestión del conflicto como la mediación, podrían dar respuesta a ciertas problemáticas evitando así la excesiva judicialización de los conflictos que se extiende en numerosos contextos y colectivos del panorama social. Un ejemplo de esto se puede encontrar en materia de extranjería. En los últimos años se ha producido entre nosotros un importante fenómeno de inmigración, importante, desde luego, ya que en el año 2013, los extranjeros representaban alrededor del treinta y uno por ciento de la

población reclusa, según los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística<sup>2</sup>.

Todo ello aplicado específicamente a los inmigrantes. Es frecuente que el inmigrante que llega a nuestro país se tenga que enfrentar a varias barreras: entre las psicológicas podemos encontrar la falta de confianza, falta de experiencia positiva de formación, expectativas no cumplidas; por otro lado, barreras sociales, como falta de apoyo familiar, desconocimiento de los recursos existentes en nuestro país, responsabilidades familiares, y las culturales-religiosas, así como diferencias en los roles de género.

La imposición de las penas privativas de libertad a los extranjeros por la comisión de algún delito en territorio español carece de sentido, ya que no cumple con la finalidad principal de nuestro Derecho Penal, es decir, la prevención reeducadora y la reinserción social, la cual llegó de la influencia del Derecho alemán (Miro Llinares, 2013).

Por ello, en el presente artículo se plantea la necesidad de aplicar la mediación penal a los extranjeros a la hora de expulsarles como sustitución de la pena privativa de libertad y aplicarla en los mismos centros de internamiento.

## Mediación penal

La mediación es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como «la acción y efecto de mediar». Al mismo tiempo, el término «mediar» significa, según el mismo diccionario, «interponer entre dos o más que riñen o contienen procurando reconciliarlos y unirlos en amistad».

La mediación penal es aquel medio de resolución de conflictos dentro de la llamada «justicia restaurativa», según el cual un tercero, llamado mediador, persona neutral y sin poder de decisión, ayuda a la víctima y autor del delito a llegar a soluciones o acuerdos satisfactorios para ambos. El rol del mediador consiste en ser tercero en la comunicación, guiar a las partes en la definición de los temas y actuar como agente de resolución de los conflictos ayudando a los que disputan a llevar su propia negociación a buen término. Entiendo la mediación más que como una forma «alternativa» de resolver los conflictos, como una forma «complementaria» de resolver los conflictos, que actúa en aquellas cuestiones que derivan del principio de autonomía de la voluntad y en las que, por consiguiente, las partes implicadas pueden encontrar y fijar ellas mismas la solución a su controversia. La mediación ofrece la posibilidad de que ambas partes reciban su parte de satisfacción.

Por parte de la víctima, fomenta su participación activa y voluntaria en la resolución del conflicto que le afecta. Le permite ser reparada de los daños y perjuicios sufridos,

<sup>1</sup> Dicho cambio en la forma de actuar se consigue acercando posturas entre las partes implicadas para resolver el conflicto, empatizando con las partes y no judicializar todos los problemas existentes en la propia sociedad. <sup>2</sup> <http://www.ine.es/welcome.shtml>

además de favorecer la recuperación de la tranquilidad personal.

En el lado contrario, para el encausado, la mediación le facilita la concienciación y la oportunidad de la asunción de responsabilidad de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal, tales como atenuante genérica (artículo 21.5) de reparación del daño; atenuante muy cualificada (artículo 21) en la que el Juez puede apreciar y comprobar la firma voluntad de reparación a la víctima.

Por último, para la justicia en términos sociales, la mediación ofrece una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilidad y la reparación.

El mediador debe centrarse en ayudar a resolver los conflictos. Se trata de superar las visiones individualistas y unilaterales del conflicto de forma que las partes puedan dar lugar a la configuración de una nueva salida a su problema, que ambas partes sientan como propia. En general, con la mediación se consigue aumentar la comunicación constructiva entre las partes e incluso se llega a «arreglar» el problema que ha hecho nacer el conflicto.

El papel del mediador es importante porque su mera presencia altera el equilibrio de poder, que frecuentemente suele ser desigual entre las partes. La mejora de la comunicación entre la persona o grupo atendido y el interventor o entre todo el sistema demandante y la Administración Pública, a quien se facilita un clima positivo, pacífico entre todos los implicados en una intervención grupal, restituye a un grupo la iniciativa, ayuda a que crezca en su autoconocimiento y autodominio. Todo ello son objetivos del trabajo social que la formación en el estilo y las técnicas de mediación pueden promover.

En consecuencia, en la mediación aplicada al ámbito penal se pretende lograr un acuerdo de reparación, fomentar la participación de la víctima y la resocialización del autor, a través de un proceso de participación comunitaria (mediador), que de algún modo compromete e inmiscuye a distintos miembros de la sociedad no solo en la resolución del conflicto, sino en la ejecución del acuerdo y el seguimiento de las relaciones interpersonales entre el autor y la víctima. Prueba de ello son las conferencias de Familia, las cuales están reconocidas por la ley en Nueva Zelanda en 1989 para la delincuencia Juvenil.

El ofensor acude acompañado de miembros de su familia y de otras personas que tiene una relación de cuidado hacia él. La víctima también acude acompañada de personas de su familia y otras de su entorno. Además miembros de la justicia penal, como la policía, también toman parte. El acuerdo no

solo contiene compromisos de reparación, sino también un plan de Acción para superar las causas de la conducta ofensora y prevenir la reincidencia. Los círculos de sentencias las personas de la comunidad interesadas, toman parte en una discusión acerca de lo que pasó, porqué paso, qué debe hacerse con ello, y que puede hacerse para prevenir que tales actos se repitan en el futuro. El juez, entonces, pronuncia sentencia y da otras órdenes y recomendaciones basadas en lo que se propuso en el círculo. Aunque se llamen círculos de sentencia, la discusión y las decisiones van mucho más allá de lo que tradicionalmente cubre un proceso con sentencia. En concreto, los círculos tratan asuntos como en qué grado la comunidad comparte la responsabilidad por el delito y si puede hacer algo al respecto.

De este modo, tal y como plantea Galain Palermo (2010), se invierte el fin político criminal que tiene el Derecho Penal formalizado, que se legitima únicamente en cuanto actúa en *última ratio* y de modo fragmentario para la solución de los conflictos sociales más graves (no para obtener la paz social entre las partes enfrentadas por el delito).

La obtención de la paz social va más allá de los fines que actualmente se reconocen a las penas, pero si ella pudiera ser obtenida mediante acuerdos de reparación, entonces la reparación que sirva para cumplir con los fines del castigo sería preferible a la pena.

Es necesario tener presente que en ocasiones la prisión no siempre es lo más adecuado para el infractor. Existe una gran probabilidad de que un delincuente primario<sup>3</sup> no se vea beneficiado de una pena privativa de libertad de cara a una posible reinserción en la sociedad, ya que con ello no se consigue el fin principal de nuestro derecho penal, es decir, la rehabilitación del infractor.

Por ello, no se justifica la aplicación de manera automática del Código Penal, es decir, sería pertinente analizar caso por caso, y con mayor énfasis si se trata de una persona que comete un delito por primera vez; indagar sobre la motivación a la hora de llevar a cabo dicho delito y establecer opciones de resolución de conflicto que traspasen las medidas retributivas. Con ello se puede favorecer la reparación del daño y asunción de responsabilidad por parte del agresor, así como evitar la «revictimización» y papel pasivo de la víctima.

### Etapas de aplicación de la mediación penal

La mediación penal se puede aplicar al infractor, ya sea extranjero o no, en distintas etapas.

La primera posibilidad es la mediación es la fase policial, es decir, previa a que se le haya imputado el delito, es decir, antes de formular la denuncia/querrela (Manzanares Sama-

<sup>3</sup> Nuestro Código Penal de 1995 se refiere al mismo como el que ha delinquido por primera vez, es decir, hay que entender como delincuente primario a aquél sujeto que no haya cometido nunca ningún delito doloso.

niego, 2008). La mediación penal pre-procesal, constituye una alternativa al proceso penal y por lo tanto, excluiría la intervención del sistema de justicia penal en los casos en los que se llegara a un acuerdo entre los sujetos intervinientes. Es una modalidad de difícil implementación en España, puesto que hay delitos cuya persecución es de oficio; es decir, aquellos delitos en los que la toma de conocimiento es directa por parte del Ministerio Público, dando inicio a la investigación por parte del Ministerio Fiscal. Pero podría tener cierta relevancia en aquellos delitos privados y semipúblicos, es decir, aquellos delitos que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (policía, jueces o Ministerio Fiscal).

La segunda etapa de aplicación de la mediación sería, una vez ya se le haya imputado el delito, es decir, la mediación intra procesal. El plazo para la realización de la mediación, tanto en las Diligencias Previas como en el Juicio de Faltas, será de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el/la Juez puede ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación, cuando existan gran probabilidad de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

Los resultados que se alcancen en la mediación tendrán distintas repercusiones dependiendo de la fase del proceso en la que se lleve a cabo el proceso restaurativo, ya que implica la aplicación de la circunstancia atenuantes de reparación del artículo 21.5 del Código Penal o una sentencia de conformidad.

Por último, la última etapa, una vez se ha dictado la sentencia condenatoria; una vez determinada la pena, también es posible la mediación penal, con posibles efectos en la ejecución de la misma, ya sea con la aplicación de sustitutivos penales, ya sea con efectos en la ejecución de la pena o en el acceso a la libertad condicional.

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 esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.

Los criterios para derivar a mediación por parte del Juzgado son en primer lugar criterios subjetivos, es decir, condiciones de las personas que protagonizan la mediación, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se encuentran, significación subjetiva del hecho (al margen de su calificación jurídico-penal) y en segundo término los hechos flagrantes.

En los casos en los que la víctima no quiera participar en la mediación, o una vez iniciado el proceso se interrumpa por voluntad de aquella, el Ministerio Fiscal y el órgano Judicial podrán valorar la voluntad de la persona infractora y las actuaciones efectivamente realizadas en orden a reparar el daño a los efectos de aplicación penológica correspondiente.

Actualmente, con la reforma del Código Penal en trámite parlamentaria, y en su caso con la desaparición de las faltas, pueden considerarse a éstas como candidatas perfectas para que sean sometidas a mediación. Supondría apartarlas del Derecho Penal, consiguiendo así, agilizar los procesos judiciales. Actualmente, se realizan jornadas de 15 o más juicios de faltas en una sola sesión, donde la mayoría de los casos son cuestiones perfectamente asumibles por la mediación. Podría entenderse que esto distorsiona los fines de la Justicia, siendo estos casos perfectamente asumibles por la mediación, que, además, va a dar la oportunidad de abordar de manera más detallada, en profundidad, los temas vinculados a estos casos.

### Mediación penal con extranjeros

Habiéndose expuesto de manera breve la mediación penal, se procede a plantear la posibilidad de aplicar dicha mediación penal a los extranjeros penalizados por un hecho delictivo.

Con todo, la relación con inmigrantes requiere una preparación determinada que efectivamente puede desarrollar un abogado, un psicólogo o un trabajador social. Sin embargo, existen algunas problemáticas que afectan a este colectivo que exigen una sensibilidad especial, como sucede en todas aquellas cuestiones que suponen o implican un conflicto (entre el inmigrante y sus vecinos, entre el inmigrante y el sistema educativo, entre el inmigrante y la formación religiosa, etc.) donde sí se hace necesaria la asistencia de una persona formada en mediación (que bien puede ser un abogado, un psicólogo o un trabajador social<sup>4</sup>).

Hay que ir más allá, pues dado el número creciente de inmigrantes en nuestro país, se hace necesario desarrollar programas que no sólo actúen sobre el conflicto, a posteriori, sino preventivamente, para evitar que surjan los conflictos y se enquisten. En este sentido hablaríamos de mediación intercultural (Martínez Usarralde y García López, 2009).

La mediación penal aplicada a los extranjeros puede suponer mayores consecuencias jurídicas por la situación en la que se puede encontrar dicho extranjero infractor en nuestro país. Para una intervención más eficaz en la problemática que lo genera, debemos analizar los motivos que le han llevado a cometer dicho delito.

<sup>4</sup> Podemos definir al mediador como «un profesional cualificado, imparcial y neutral, sin poder de decisión, sujeto a la confidencialidad y secreto profesional, que interviene previo requerimiento de todos los interesados involucrados en el conflicto a gestionar de manera positiva sus desacuerdos y diferencias, para que por ellos mismos lleguen a acuerdos, sobre el problema que les afecta, que beneficien los intereses y necesidades de cada una de las partes»

A este respecto es necesario plantear que la mediación puede no tratarse de un medio adecuado de resolución de conflictos respecto de delitos graves, delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos (como los delitos contra el medio ambiente, debido a la inexistencia de una concreta víctima que consienta la mediación) y los delitos violentos, incluyendo en ellos los delitos contra la libertad sexual y exceptuado los delitos de lesiones. Respecto de estos últimos la experiencia demostrada en otros países (así, en Alemania, Austria o Australia, *verbi gratia*) pone de manifiesto el éxito de la mediación en la resolución de conflictos y en la reconciliación del delincuente con la víctima y la sociedad. El motivo para excluir los delitos violentos, incluyendo los delitos contra la libertad sexual, y los delitos graves del ámbito de la mediación es la peligrosidad de estas conductas, que determinan la inconveniencia de la mediación para el tratamiento del delincuente.

En la última fase del procedimiento, los extranjeros cuya pena privativa de libertad sea inferior a seis años de prisión, tienen como alternativa al cumplimiento de la pena la expulsión del territorio nacional, caracterizada dicha sustitución por la reducción del uso de la prisión.

No obstante, en los dos últimos decenios se constata un cierto abandono del planteamiento propio de las «alternativas a la prisión» en el debate político criminal, que lejos de ser casual, como señala Larrauri Pijoan (2005, pp. 283-304), «refleja una serie de variaciones», que pueden resultar esclarecedoras para comprender el significado de la expulsión sustitutiva en el catálogo de alternativas del Código Penal en vigor.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 89 primero del Código Penal, la regla es la sustitución de la pena por la expulsión, y solo procede no acordar dicha sustitución cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España<sup>5</sup>. Es decir, los Jueces y Tribunales aplican la expulsión de manera automática sin tener en cuenta cada

caso en concreto, sin verificar el arraigo personal, social y personal de cada uno de los extranjeros condenados, cuando deberían decidir de manera facultativa.

Los conflictos subyacentes a estas situaciones pueden ser atendidos desde la mediación (en una dirección similar a la propuesta desde el proyecto de reforma del Código Penal<sup>6</sup>) donde la expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión pueda valorarse entre otras opciones, de forma conjunta entre algún representante del gobierno o la autoridad competente para acordar dicha expulsión (en ningún caso podría ser un juez o Tribunal quien está contaminado por otras circunstancias del expediente de tramitación), las partes involucradas (extranjero infractor y víctima) y un mediador/a especializado/a en el tema.

Las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependan (Ques Mena, 2008); donde tendría cabida la mediación previamente a formalizar la expulsión, en el sentido de valorar dichas circunstancias y dichos efectos negativos de la propia expulsión.

Por otro lado, la expulsión del extranjero es una intromisión en la vida familiar, ya que debe valorarse si la expulsión o rechazo del extranjero condenado hace imposible que la vida familiar pueda desarrollarse en el país al que el condenado es expulsado. Por lo tanto, la mejor manera para poder tratar este tema sea desde el punto de vista del mediador que es una persona imparcial pero conocedora de las necesidades del extranjero.

En general se ha estimado que no existe injerencia en el derecho a la vida familiar cuando la familia de la persona expulsada puede acompañarle al país de origen, siempre que ello no origine excesivos trastornos culturales o sociales para los hijos<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 853/2010, de 15 de octubre: «se considera que con una aplicación automática y rutinaria (sin atender a las circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto) de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales. <sup>6</sup> La Exposición de Motivos del citado Anteproyecto: «Gran fuente de conflictos en la reciente experiencia penal ha sido contradictoria función de la medida de expulsión de extranjeros, especialmente cuando se configura con un fuerte automatismo que da lugar a que sea imposible imaginar anticipadamente el efecto que su aplicación vaya a causar en cada concreto sujeto, abriéndose tanto la posibilidad de que la medida resulte excesivamente aflictiva en comparación con la pena que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad hasta todo lo contrario, provocando entonces un efecto criminógeno al resultar de nulo poder preventivo y ser, incluso, un beneficioso modo de escapar del castigo, amén de desigual en comparación también con las situaciones similares. La búsqueda del imprescindible carácter especialmente preventivo a la par que disuasorio de esa amenaza penal exige, por todo ello, que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo». <sup>7</sup> Hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 66/2005, de 26 de enero, respecto de la superposición del interés del menor frente al interés de la Administración de expulsar a su padre. Esta sentencia se basa en tres principios rectores: 1. Supremacía del interés del menor, el cual no se presume que siempre será estar con su padre; 2. Mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, que no existe pues el padre estaba en prisión al nacer; 3. Integración familiar y social, que no consta constituida una familia al menos con el padre.

Así mismo, es posible aplicar la expulsión en delitos de mayor gravedad, es decir, aquellos delitos que están sancionados con penas privativas superiores a seis años, después de haber cumplido la  $\frac{3}{4}$  parte de la condena. De manera que el extranjero, que ya ha cumplido esa parte de la condena en prisión, recibe, además, una segunda consecuencia negativa a añadir al tiempo en prisión: la expulsión del país.

La incorporación de la expulsión de extranjeros en situación irregular al ámbito punitivo tiene lugar a través de su inclusión como una alternativa a la ejecución de las consecuencias penales aplicables.

Después de la imputación, y sobre todo en aquellos países en los que el Ministerio Fiscal cuenta con el principio de oportunidad en la persecución de delitos, la mediación penal puede conducir al archivo del caso o a la utilización de la figura de diversión, es decir, evitar la comparecencia ante el Tribunal mediante un programa de reeducación.

Posteriormente, en aquellos países donde la condena a un sujeto y la imposición de la pena son dos actos jurídicos separados, la mediación penal podría surtir efectos en esta fase intermedia, influyendo en la imposición de una pena al sujeto declarado culpable.

De tal manera que la comisión del delito (Sanz Morán, 2011) por parte de los extranjeros en España se convierte en un medio de permanencia en el país, apareciendo así lo que se ha llamado la cuarta criminalización, es decir, un grupo de personas extranjeras en situación irregular y pocas posibilidades de regularización.

Para evitarlo, el derecho español prevé la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio al extranjero que resulta condenado por un delito cometido en España, ya que hay que tener en cuenta la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión. La expulsión, como medida política, se ha practicado desde los tiempos más remotos.

### Mediación penal en Centros de internamiento de extranjeros

¿Es posible aplicar la mediación en los Centros de internamientos de extranjeros? Si la mediación se aplica en los Centros penitenciarios, ¿por qué no se puede también aplicar en éstos?

Hasta el momento se ha ido exponiendo la posible aplicación de la mediación en el ámbito penal respecto los ex-

tranjeros condenados por un delito. Por ello, es conveniente analizar la posibilidad de aplicar la mediación en los Centros de internamiento de extranjeros. Estos centros son utilizados como instrumento para efectuar de manera eficaz la expulsión en el caso de que haya sido acordada como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad.

«Los Centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, para la detención y custodia, a disposición de la autoridad judicial, de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión o pendientes de expulsión o retorno» (Martínez Escamilla, 2011). «El ingreso y estancia en éstos tendrá únicamente la finalidad de ejecutar la medida de expulsión, respetándose en todo momento los derechos fundamentales de los internos y la libertades garantizadas en la Constitución» (González Sánchez, 2012).

La regulación de los Centros de internamiento de extranjeros a día de hoy continúa evidenciando que es una asignatura pendiente en el derecho de extranjería (De la Serna y Villan Durán, 2011). Su creación ha venido adoleciendo de una escasa normativa de desarrollo pese a su enorme importancia dado el auge de la inmigración ilegal en España; lo que contrasta con los derechos y deberes<sup>8</sup> de los extranjeros internados que están contemplados en una norma con rango de Ley Orgánica. En relación a lo descrito, la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 introduce una importante novedad en el artículo 89 párrafo segundo del número 6 en la que dice así: «cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previsto en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, pueda el juez o tribunal acordar con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa». (Jefatura del Estado, junio 2010).

Sin duda alguna, la problemática que rodea a estos centros es compleja y de múltiples facetas<sup>9</sup> que van más allá de lo estrictamente jurídico y que no pueden ser abordadas en estas líneas ya que excede del tema propuesto.

Nos encontramos con una situación que se encuentra en terreno intermedio entre la libertad y la detención judicial, previa al proceso penal. Este terreno es problemático porque las incidencias en la esfera de la libertad personal deben tener suficiente cobertura legal y deben responder al principio

<sup>8</sup> Derechos en el artículo 62 Bis de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros. Y los deberes en el artículo 62 Ter de la misma Ley Orgánica. <sup>9</sup> El Centros de Internamiento es una dependencia administrativa en la que se centra el internamiento del extranjero a efectos de expulsión, por tanto el internamiento es una medida cautelar con la finalidad de expulsión. Sin embargo, existen dudas de que se emplee la medida de este modo. Además, dichos centros son de estancia temporal, pero limitan la libertad deambulatoria. Así mismo, están atendidos por personal no cualificado para el cargo, la tutela de los derechos es escasa, y, por ejemplo no existe protocolo de posible suicidio de los internos.

de proporcionalidad entre el sacrificio de la libertad exigido y el resultado que trata de obtenerse con la medida.

En España tenemos Centros de internamiento de extranjeros en: Madrid (Carabanchel), Barcelona (Zona Franca), Murcia (Sangonera la Verde), Algeciras (La Piñera), Valencia (Zapadores) y Santa Cruz de Tenerife (Hoya Fría). Totalmente vacíos: las Palmas de Gran Canaria (Barranco Seco) y Fuerteventura (Matorral).

De acuerdo con los datos publicados en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, apenas un 50% de los 16.590 migrantes internos en 2010 fueron expulsados (Conde-Pumpido, 2010, p. 889) porcentajes similares se han mantenido en 2011 de acuerdo a los informes elaborados por diversas fundaciones y ONG que brindan apoyo a los migrantes detenidos. Estos datos ponen de manifiesto el carácter represivo más que efectivo de los CIE en la gestión del control de los flujos migratorios (Jarrín Moran, Rodríguez García y De Lucas, 2012).

La mediación está siendo fundamental en los Centros penitenciarios para mantener la buena convivencia en las prisiones, como método de resolución pacífica de conflictos entre internos, basado en el diálogo y el respeto, que permite a las personas implicadas asumir la responsabilidad de su conducta, el protagonismo en el proceso y en la propia resolución pacífica del conflicto. En la misma línea, se considera que la mediación también podría ser aplicada en los Centros de internamiento de extranjeros, ya que las condiciones de privación son similares a los Centros penitenciarios y las causas por las que están internos pueden ser tanto por una causa penal o por una sanción administrativa (Chocron Giraldez, 2010).

La diferencia entre los Centros de internamiento de extranjeros y Centros penitenciarios consiste, pues, en que estos últimos cuentan con una normativa reguladora precisa y detallada por una Ley Orgánica y un Reglamento, que determinan su régimen interior<sup>10</sup>. Sin embargo, la creación de los Centros de internamiento de extranjeros fue realizada mediante una simple Orden Ministerial en 1985, orden que no requería ni acuerdo del Consejo de Ministros, ni su publicación en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, su régimen interno no fue definido hasta catorce años más tarde, mediante una nueva Orden Ministerial dictada en 1999, que regula materias que afectan a derechos fundamentales<sup>11</sup>.

La ausencia de normativa en algo tan fundamental como las infracciones y sanciones de los internos, ha propiciado una absoluta discrecionalidad, pues habilita al director del centro para imponer medidas correctivas a los internos que

no respeten las normas, sin haberse especificado previamente cuales son éstas. Aunque en 2003, tras una sentencia del Tribunal Supremo, fueron elevados de rango los aspectos más relevantes de los centros de internamiento de extranjeros, incluyéndolos en la Ley Orgánica de Extranjería, sigue siendo la Orden Ministerial la que regula todo lo concerniente al funcionamiento y régimen interior.

En todo caso, sí merece la pena proponer que si en los Centros penitenciarios los presos tienen la opción de someterse a la mediación, también deberían tener dicha posibilidad los extranjeros internos en Centros de internamiento de extranjeros durante su estancia en ellos, ya que ambos no dejan de ser centros de privación de libertad.

## Conclusiones

Teniendo como idea principal la necesidad de la mediación penal, es preciso la aplicación de la misma a la hora de aplicar la alternativa al internamiento en prisión, y aún más, la aplicación a los extranjeros, es decir, a la sustitución de la expulsión del territorio nacional al extranjero condenado en nuestro País.

La aplicación de la mediación en el orden penal nos puede permitir disminuir la actual congestión de la Justicia y optar por la justicia restaurativa como alternativa al Derecho Penal, como se está haciendo en otros órdenes de la Justicia; siendo necesario para dicha aplicación un cambio de mentalidad de la sociedad, en la que se comprenda la gestión del conflicto desde la responsabilidad, la participación y el protagonismo de las partes involucradas en el mismo, así como el papel en su resolución (produciéndose por ende, una disminución de la judicialización de las problemáticas)

Por último, se considera conveniente la necesidad de aplicar la mediación para un mejor funcionamiento de los Centros de internamiento de extranjeros, al entender que los mismos, son centros privativos de libertad como los Centros penitenciarios, en los cuales ya se aplica la mediación con óptimos resultados.

La futura Ley del Proceso Penal, deberá contener la mediación como instrumento de justicia penal, estableciendo entre sus principios, los de voluntariedad de las partes, la confidencialidad, la contradicción, flexibilidad y control judicial; y promoviendo la aplicación de la mediación en todas las fases: los procesos de instrucción, enjuiciamiento y ejecución.

En materia de ejecución, la mediación debería atender a la suspensión de la pena de prisión, a la consideración de la libertad vigilada con cumplimiento de objetivos o condiciones

<sup>10</sup> Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. <sup>11</sup> Orden de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de Internamiento de Extranjeros. BOE/1999, 24 de febrero de 1999. Entrada en vigor 16 de marzo de 1999.

y su subordinación a la efectiva reparación, económica o de otro modo a la víctima.

La mediación debería ser una oportunidad para la efectiva reinserción en la vida social, laboral.

Por último, sería necesaria la elaboración de un Estatuto del Mediador.

Sin embargo, es cierto que todo ello solamente se producirá cuando la propia sociedad española comience hacer un cambio de mentalidad que supone abandonar la idea de judicializar todo conflicto y de confiar más en la cultura del diálogo como una vía positiva para resolver los conflictos; cambio que deberá producirse gradualmente. Por otro lado, tanto la saturación de casos en la Justicia española conducirá a una aceptación de la necesidad de recurrir a la mediación, como los propios profesionales del derecho pueden facilitar que esto ocurra.

## EXTENDED SUMMARY

### Penal Mediation: Special Attention To Aliens

**Carla de Paredes Gallardo**

European University of Valencia, Spain

**Received: 27/01/2015**

**Accepted: 20/05/2015**

**Abstract:** The use of penal mediation implies a change of mentality in an already highly Court-centred society that considers Courts as the only way to solve conflicts. Criminal law aims to clarify whether the alleged facts existed or not, and what is the defendant's degree of responsibility. Mediation has a different approach: it pursues the victim and the offender's own recognition of a conflict, seeking to achieve a restoration settlement that allows the victim to be satisfied, and the perpetrator to be reintegrated into society. With regards to the problem of aliens in terms of the penal law, and the current trend to expel them from the territory, it is possible to use penal mediation and mediation for relational conflicts in aliens' detention centres. It is suggested in this paper that restorative justice and mediation do not constitute new systems of administering criminal justice but that they relate to customary justice systems.

**Keywords:** Penal Mediation. Restorative Justice. Alien. Execution of a sentence. Aliens Detention Centre.

Criminal Law aims at determining whether a reported fact existed or not, if the defendant actively participated in it and what is his liability level. Mediation, however, has a different starting point. Penal Mediation is a conflict resolution means within the so-called «restorative justice» according to which a third party, called the mediator, a neutral and person with no decision power, helps the victim and the offender to find satisfactory solutions or settlements for both of them. Mediation provides the parties with the possibility to get satisfaction. For the victims, it fosters their own active participation in sorting out the conflict that affects them. It allows for reparation of the damages endured and favours the recuperation of personal tranquillity. On the other hand, for the defendants, mediation facilitates awareness raising and the opportunity to take responsibility for his their actions and consequences,

---

Doctor of Criminal Law. Assistant Professor at European University of Valencia. Mediator at the Valencia Mediation Centre. E-mails to this author should be sent to: carla.deparedes@uem.es



as well as the possibility to understand the offence and get the benefits envisaged by the Penal Code. Lastly, for justice in social terms, mediation offers a new understanding, new forms of criminal responses that have an educational meaning, promoting attitudes of responsibility and reparation.

The role of the mediator is important as only his/her presence alters the normally uneven balance of power between the parties. Improving communication between the person or the group and the intervening official or between the entire system in the conflict and the public administration - a more positive peaceful environment is offered to them, which helps all the parties involved in a group intervention - restores one group's initiative and helps to make self-knowledge and self-control grow. These are the goals of the kind of social work that training in mediation styles and techniques can promote.

An imprisonment sentence for a criminal is perhaps more harmful than beneficial, as this is not the main purpose of our criminal law, which is the rehabilitation of criminals. Therefore, the systematic application of the Penal Code is not justified, that is, a case by case analysis should be appropriate, especially for persons who commit a crime for the first time; inquiring about the motives that led to the crime is relevant and also establishing conflict resolution options to go beyond retributive measures. Thus, the reparation of the harm inflicted can be favoured and also taking responsibility by the offender, and the «re-victimisation» and the passive role of the victim can be avoided.

Hence, mediation in the criminal field aims at achieving a reparation settlement, encouraging the victim's participation and the reintegration of the offender into society through a community participation process (mediator) that somehow commits to and involve different members of the community not only to resolve the conflict but also to implement the settlement and follow-up the interpersonal relations between the offender and the victim. Therefore, there is a reversal of the criminal political end of formalised Criminal Law that is only legitimised when applied *ultima ratio* and in a fragmented way to sort out the most serious social conflicts (and not to obtain social peace between the parties confronted to each other because of a crime). Mediation must be understood as an instrument in the service of a specific decision of the State to waive a sentence when it is not necessary for prevention public purposes and when the individual interests of the victim can be adequately satisfied.

Penal Mediation can be used with offenders, either alien or national, in different stages.

The first possibility of mediation arises during the police investigation phase, prior to filing the report/legal action. Pre-trial penal mediation constitutes an alternative to the legal process and therefore it excludes the intervention of the criminal justice system in cases where a settlement between

the parties is reached. It is very difficult to implement this mode of mediation in Spain because some crimes are prosecuted ex-officio. However, it could be relevant for private or semi-public crimes, i.e. those that are not considered serious enough to affect society's public order and cannot be prosecuted ex-officio by the public power (police, judges or the Public Prosecutor).

The second stage for mediation to be used is when the person has been charged with a crime, i.e., intra-procedural mediation. The deadline to conduct the mediation process both for the preliminary proceedings and the summary trial is of one month upon signing an informed consent. However, the Judge can extend the deadline, at the request of the Mediation Team, when there is a chance to settle and therefore, longer time is required (flexibility principle).

The results obtained thanks to mediation will have different effect depending on the stage in the process the restorative process is conducted as it implies the application of restoration extenuating circumstances under Section 21.5 of the Penal Code or a conviction on the terms sought by the Prosecution.

The last stage occurs once the conviction has been issued; mediation is possible and it has an effect on the execution of the punishment, either by applying criminal substitutions, or having access to parole.

The criteria for the Court to refer to mediation are, in the first place, subjective criteria, according to the different personal abilities and the specific situation of the person; and secondly, flagrant facts.

The cases where the victim does not wish to participate in the mediation process, or in the event the process is interrupted by the victim, the Prosecutor and the judicial body in charge will be able to assess the will of the offender and the actions effectively taken to restore the damage in order to apply the corresponding punishment.

Currently, with the reform of the Penal Code the Parliament is undertaking, and with the extinction of minor offences, the latter are the perfect candidate to be sent to mediation. This would imply to take them away of Criminal Law, making legal actions more agile. Currently, 15 or plus minor-offence trials are conducted in one session, but most of the cases can perfectly be submitted to mediation, as it gives the opportunity to address the issues related to the case in a more detailed deeper way. This could be considered as something that distorts the ends of Justice.

Having briefly presented penal mediation, we now turn to propose the possibility of using this kind of mediation with the aliens that have been accused of a crime. In this connection, the Spanish law on aliens seems to pay more attention to the security measures imposed on those who enter the country than to educate them and try to integrate them into

society. However, the relationship with migrants requires specific training that can be done by a lawyer, a psychologist or a social worker. But there are some issues that affect this group and demand special sensitivity, given that they can cause conflicts to arise (between the migrant and his neighbours, or between the migrant and the education system, or between the migrant and religious education, etc.), where the assistance of someone specifically trained in mediation is necessary (be this person a lawyer, a psychologist or a social worker).

Bearing in mind that the main idea is the need of penal mediation, it is necessary to resort to it as an alternative to imprisonment, especially for aliens with whom mediation can be used as a replacement to expulsion of convicted aliens from the national territory.

Using mediation in the criminal system allows for a reduction in the current judicial congestion and applying restorative justice as an alternative to Criminal Law, like in other branches of justice; this requires a change of mentality in society so that managing conflicts can be understood based on responsibility, participation and the key role of the parties involved in a dispute, as well as the role they play in sorting it out (which produces a reduction in the task of courts to deal with problems).

Moreover, it is necessary to use mediation so that aliens detention centres can work better; on the one hand, the deprivation conditions are similar to those in prisons where mediation is being used with optimum results. On the other hand, aliens are imprisoned because of penal processes or administrative infringements.

The difference between Aliens Detention Centre and Correctional Facilities is that the latter have precise detailed legislation stipulated by an Organic Law and Regulations that determine their internal operation. But Alien Detention Centres were simply created by a Ministerial Decree in 1985, which did not require the consent of the Council of Ministers or its publication in the State Official Gazette. Their internal regulation, however, was only defined fourteen years later, in 1999, via a Ministerial Decree dealing with fundamental rights.

The lack of norms concerning such important issues like offences and punishments of inmates made the Centre Managers to act on their own discretion to impose corrective measures on the inmates that did not respect the norms, but there is no specification about what are these norms. Even if in 2003 after a decision of the Supreme Court the most important aspects of aliens detention centres were upgraded and included in the Aliens Act, it is still the Ministerial Decree that governs all the matters related to their regulation and internal rules.

The future Law on Criminal Proceedings must include mediation as an instrument of the criminal justice, considering the principles of the parties own determination, con-

fidentiality, contraction, flexibility and judicial control, and the promotion of mediation in all its phases: preliminary proceedings, prosecution and execution.

In terms of sentence execution, mediation should address suspending imprisonment and considering probation with goals and conditions to be met and its subordination to the effective restoration, compensation or other reparation for the victim. Mediation should be an opportunity for an effective reintegration into social and work life.

Lastly, it is necessary to elaborate the Mediation Statutes.

However, all this will come true when the Spanish society starts to change mentality, which entails abandoning the idea that all conflicts can be brought to justice, and when society relies more in the culture of dialogue as a positive way to resolve conflicts; this change must take place progressively. Moreover, the excessive number of cases brought to justice in Spain should lead to increasingly use mediation as the legal profession can indeed facilitate this process.

## Referencias / References

- Cámara Arroyo, S. (2011). Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina». *Revista de Justicia Restaurativa*, 1, 8-52.
- Chocron Giraldez, A.M. (2010). *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Código Penal Español, (2015).
- Conde-Pumpido, C. (2010). *Memoria del Fiscal General del Estado*. (Vol. I, p. 889). Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Recuperado de [http://www.icam.es/docs/ficheros/201010250002\\_6\\_0.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/201010250002_6_0.pdf)
- De la Serna, C. y Villán, C. (2011). Los Centros de Internamiento de Extranjeros. *Ginebra: Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.
- Galain Palermo, P. (2010). *La reparación del daño a la víctima del delito*. [Colección Monografías N° 684]. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Sánchez, I. (2012). La cárcel en España. *Revista de derecho penal y criminología*, 8, 351-402.
- Jarrin Moran, A., Rodríguez García, D. y De Lucas, J. (2012). Los centros internamiento de extranjero en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales. *Documentos CIDOB Migraciones*, 26. Recuperado de [http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos/migraciones/los\\_centros\\_de\\_internamiento\\_de\\_extranjeros\\_en\\_espana\\_origen\\_funcionamiento\\_e\\_implicaciones\\_juridico\\_sociales](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos/migraciones/los_centros_de_internamiento_de_extranjeros_en_espana_origen_funcionamiento_e_implicaciones_juridico_sociales)
- Jefatura del Estado (junio, 2010). Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 152, 54811-54883.
- Larrauri Pijoan, E. (2005). Populismo punitivo y penas alterna-

- tivas a la prisión. En S. Bacigalupo Saggese y M. Cancio Meliá (Coord.), *Derecho Penal y Político transnacional* (pp. 283-304). Barcelona: Atelier.
- Manzanares Samaniego, J.L. (2008). La mediación Penal. *Diario La Ley*, 6900, Sección doctrina.
  - Martínez Escamilla, M. (2011). ¿Que son los CIE? *Revista critica*, 973, 54-58.
  - Martínez Usarralde, M.J. y García López, R. (2009). Análisis y práctica de la mediación intercultural desde criterios éticos. Valencia: Tirant lo Blanch.
  - Miro Llinares, F. (2013). ¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 4. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1001.pdf>
  - Ques Mena, L. (2008). El arraigo social, económico y familiar en el derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial. *Diario La Ley*, 7067, 10-11.
  - Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua Española* (23ª ed.). Recuperado de [www.rae.es/recursos/diccionarios/drae](http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae)
  - Sanz Morán, A.J. (2011). Derecho Penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. *Cuadernos de Política Criminal*, 104, 165-170.