

TERCER ACCESIT

LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y UN MODELO
INTEGRADOR DE JUSTICIA PENAL

RESTORATIVE JUSTICE AND CRIMINAL JUSTICE INTEGRATIVE
MODEL

M.^a CRISTINA MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Abogada col. R. e I. Col. Abogados de Zaragoza

Doctoranda en el Programa de Doctorado de Derechos Humanos
y Libertades Fundamentales de la Facultad de Derecho de Zaragoza

Resumen: El trabajo versa sobre el concepto de Justicia Restaurativa, desde la teoría del derecho penal como respuesta al delito y su desarrollo práctico, en conexión con los principios que garantizan los derechos, no exentos de críticas. En la actualidad, existe una tendencia de la justicia tradicional a la derivación a fórmulas que favorecen el acuerdo entre víctima y victimario, en algunos casos con implicación de la comunidad. El derecho europeo ha fomentado la Mediación y otros métodos restaurativos, a través de Recomendaciones y también Directivas, de obligada transposición para los estados miembros. Se realiza también una descripción y análisis de la normativa española en relación a la Justicia Restaurativa, tanto desde el derecho positivo como de los proyectos normativos, con el objeto de presentar el estado actual de la cuestión, así como una valoración, no exenta de cierta subjetividad implícita hacia una integración de esta nueva concepción de la Justicia en nuestro sistema de Justicia Penal.

Abstract: This paper deals with the concept of Restorative Justice, from the theory of criminal law as a response to crime and its practi-

cal development in connection with the principles guaranteeing the rights, uncritical parties. At present, there is a tendency of traditional justice to the derivation formulas that favour the agreement between victim and offender, in some cases with community involvement. European law has encouraged Mediation and other restorative methods, through Recommendations and Directives must transposition for member states. A description and analysis of the Spanish legislation in relation to restorative justice, both positive law and draft laws, in order to present the current state of affairs in our country, and an assessment is also done not without certain implicit subjectivity towards an integration of this new conception of justice in our criminal justice system.

Palabras clave: Justicia Restaurativa, acuerdo, Mediación, métodos restaurativos, integración en los sistemas de justicia europeos, principios y garantías de los derechos.

Keywords: Restorative Justice, agreement, Mediation, restorative methods, integration into European justice systems, principles and guarantees of rights.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de justicia restaurativa: un nuevo paradigma. 3. Movimientos y factores de impulso: 3.1 El movimiento de la *diversión*. 3.2 *Victimología y victimodogmática*: el “poder” de las víctimas. 3.3 *El abolicionismo*. 3.4 El paradigma de la “resocialización”. 3.5 La influencia de la justicia comunitaria. 4. Principio de legalidad y de oficialidad versus principio de oportunidad. *El principio de oportunidad reglada*. 5. Naturaleza jurídica de los acuerdos de reparación en los fines de la pena: a) la reparación como sanción penal autónoma. b) la reparación como tercera vía. c) acuerdos de reparación y el fin de pacificación social. 6. Presupuestos de aplicación de los procesos restaurativos. 6.1 El reconocimiento de hechos y el principio de presunción de inocencia. 6.2 Ámbito de aplicación. 7. Aproximación a la mediación y la justicia restaurativa en España. 7.1 Marco legal: normativa internacional y europea. 7.2 Legislación estatal y proyectos normativos. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El progresivo avance de nuevas formas de resolución de los conflictos, basadas en sistemas autocompositivos, donde se atribuye un protagonismo mayor a las partes enfrentadas, deriva tanto de la acción legislativa europea como de las propias legislaciones

internas de los estados miembros, imbuidas de nuevas corrientes de pensamiento importadas de países como E.E.U.U, Canadá o Nueva Zelanda, por poner algunos claros ejemplos, en los que existe una notable apuesta por esta nueva concepción de justicia denominada restaurativa o reparadora, y que difiere sensiblemente de nuestro modelo de justicia esencialmente adversarial. Estas nuevas fórmulas de resolución de conflictos, basadas en la *negociación*, la *conciliación* o la *mediación*, en el fondo no son ninguna novedad, más al contrario, han constituido fórmulas tradicionales de interacción en el conflicto¹; lo novedoso que se presenta en el momento actual, lo constituye la transformación y reinención hacia nuevas concepciones teóricas de la justicia, con efectos especialmente significativos en su dimensión práctica, a través del desarrollo de programas complementarios y alternativos al proceso judicial, y que empiezan a tener un efecto expansivo en todas las ramas jurídicas de nuestro Derecho, de las cuales, el Derecho penal no constituye ninguna excepción. Esta nueva justicia, constituye un nuevo modelo de resolución de conflictos, que surge de la praxis y se va incorporando en los sistemas jurídicos, en su mayor parte de forma complementaria a la justicia tradicional, pero supone una auténtica revolución en cuanto a los fundamentos y principios que inspiran su aplicación: la llamada *Justicia restaurativa o reparadora* supone un sistema alternativo de resolución de conflictos, como contraposición a la justicia aplicada por jueces y tribunales, y es desarrollada fundamentalmente mediante procesos de *Mediación*, que conceden a las partes implicadas en un conflicto, la posibilidad de un encuentro dialogado facilitado por un tercero; en otros casos, la comunidad como destinataria y protagonista del conflicto, junto con las partes directamente implicadas, participan en procesos restaurativos que pretenden retribuir a la víctima del daño ocasionado por el infractor, haciéndole partícipe de su resolución y facilitando su integración a la comunidad, como en los *Círculos Restaurativos*, o en las *Sentencias Circulares*, de escasa o nula incidencia en nuestro entorno.

Todos ellos, por tanto, son mecanismos que incorporan formas distintas de abordar el conflicto, y en la mayor parte de los casos, se aplican con carácter complementario al proceso, modulando e incidiendo en su desarrollo y resultado; esta nueva forma de justicia, que

¹ La relación entre la justicia restaurativa y la justicia indígena tiene su fundamento en el potencial de la comunidad para solventar los conflictos, especialmente en las *Family Group Conferences* en Nueva Zelanda, vid. VARONA MARTÍNEZ, G: *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares, Granada, 1998, p. 380.

parte de postulados muy diferentes a la justicia tradicional, y en muchos casos en clara contraposición a esta última, devuelve a las partes el protagonismo perdido y atribuido al estado, donde van a ser ellas las principales artífices en la composición de sus conflictos, pasando a disponer de un papel preponderante.

Esta nueva justicia, introduce mecanismos de *diversion* a las penas tradicionales privativas de libertad, poniendo un mayor acento en el resarcimiento del daño a la víctima que en la punibilidad del hecho ilícito cometido, todo ello a través de un cambio conceptual del Derecho Penal², que más allá de ocuparse estrictamente del crimen y de las penas, respondería a un derecho de resolución del conflicto³, con fines de prevención general en cuanto a la observancia de políticas criminales adecuadas a la evitación del delito, y de prevención especial, conducentes a la reintegración del individuo en la comunidad.

El nuevo paradigma de justicia restaurativa incide transversalmente en todos los ámbitos relacionales del ser humano configurando una visión sistémica y global. Este nuevo modelo restaurativo supone una justicia menos violenta, y más humanitaria, e implica un nuevo modelo de control social⁴

La idea de que existe una necesidad de cambio en nuestro sistema de aplicación de justicia, derivada a su vez de un cambio en las concepciones teóricas de la ciencia penal, entronca con la crisis de legitimidad del estado, donde se cuestiona el recurso al *ius puniendi* y la utilidad del propio modelo, con el ideal de prevención general y el patente fracaso de la resocialización ; por otro lado, el colapso de nuestro sistema judicial deviene en el resurgimiento de la cultura de la negociación, de búsquedas alternativas a los mecanismos judiciales *heterocompositivos*, y readapta un modelo consciente de aprendizaje en la indagación y resolución del conflicto; La idea de que la sentencia no resuelve el conflicto, especialmente en aquellos casos en los

² Se destaca la dimensión social y personal concreta del delito, frente a una concepción abstracta. El delito no es sólo la infracción de la norma jurídica sino que expresa una situación de conflicto, frente a la que debe actuarse para favorecer la convivencia y la paz social, en PÉREZ SANZBERRO, G., *La reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p. 20.

³ El fundamento del paradigma de justicia restaurativa está antes en la concepción del delito como ruptura de las relaciones humanas y sociales que como violación de la ley, en TAMARIT SUMALLA, J., *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 4.

⁴ El análisis de la mediación, la conciliación y la reparación como estrategias de control social, distintas y diferenciadas del proceso penal es analizada por BARONA MARTÍNEZ, G, en su obra: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

que existe una historia compartida entre la víctima y el victimario, que subyace mucho más allá de los hechos sometidos a juicio, decanta la balanza hacia un modelo restaurador de la justicia. Pero, la problemática en torno a este nuevo modelo de justicia, los interrogantes a cerca de si será posible la integración⁵ en nuestro sistema de justicia sin perder su esencia, abre el camino hacia nuevos conceptos y reformulaciones en la ciencia penal, en torno a los principios del derecho penal y a los fines que se le han atribuido históricamente; pasa por el análisis del significado de las consecuencias que pueden tener institutos tales como la mediación, la conciliación o la reparación del daño, dentro del marco de las sanciones penales.

2. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO PARADIGMA

El concepto de justicia restaurativa parte de una visión amable⁶ del ser humano como presupuesto antropológico, puesto que entre sus finalidades preside el concepto de humanización de la justicia, restaurando a la víctima, al infractor y a la comunidad a la situación anterior; parte de la premisa de una concepción del delito como ruptura de las relaciones humanas y sociales más allá de la infracción de la ley que se produce⁷.

El modelo restaurativo se define como un modelo integrador que contempla en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora, la reparación del daño a la víctima y a la comunidad y la pacificación de las relaciones sociales⁸; en el fondo, late la idea de que el crimen es un conflicto interpersonal y que su solución efectiva debe encontrarse desde dentro, entre los propios implicados en el mismo. Se propone intervenir en el con-

⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., en *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1038 y 1039, explica un modelo integrador de respuesta al delito de respuesta conciliadora, de reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad y de pacificación de las relaciones sociales; la característica de este modelo integrador es que procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema criminal, con armonía y ponderación.

⁶ Vid., AGUILERA MORALES, M. "La mediación penal ¿Quimera o realidad?" en GARCILANDIA GONZÁLEZ, P.M. y SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Sobre la Mediación Penal (Posibilidades y límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)*. Aranzadi, Pamplona, 2012.

⁷ Vid., TAMARIT SUMALLA, J., en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares. Granada. 2012, p. 4

⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. en *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1033-1034.

flicto sin metas represivas, buscando soluciones a través del pacto, el consenso, el arreglo y la composición, confiando en la capacidad de las partes para encontrar fórmulas reales de compromiso⁹.

Se trata de un nuevo modelo de justicia más lega que profesional, próxima al ciudadano, con un perfil comunitario y participativo, que sintoniza con los valores éticos y el sentido común de la experiencia humana y comunitaria¹⁰, lo cual choca frontalmente con algunas delimitaciones que se van perfilando en torno al estatuto del mediador, en relación a su necesaria formación, y a la exigencia por algunos sectores de un nivel de profesionalización que excluiría o limitaría la participación de la misma comunidad, la cual ha constituido base y fundamento del origen y desarrollo de esta nueva concepción de justicia, y relegaría multitud de experiencias restaurativas que han tenido como sustento la participación misma de la sociedad a través de voluntarios y asociaciones que han abanderado estas experiencias.

Los procesos de justicia restaurativa pertenecen al ámbito genérico denominado de resolución alternativa de conflictos o *Alternative Dispute Resolutions* (ADR); dentro de esta denominación se incluyen otros procesos o mecanismos que carecen de base restaurativa, pero que tienen en común la informalidad o el carácter preferentemente desjudicializador. En los procesos restaurativos, la comunidad puede participar en la resolución de los conflictos generados en su seno, porque la sociedad civil se considera partícipe en la generación de justicia, consiguiendo una mayor democratización de la sociedad¹¹.

Las partes, infractor y víctima, *van a protagonizar un proceso de diálogo*, ayudadas por un mediador o por determinados representantes de la comunidad que facilitarán el proceso restaurativo para lograr encontrar una solución al conflicto¹², donde lo fundamental en este proceso va a ser el resarcimiento del daño a la víctima por

⁹ *Vid.*, GORDILLO SANTANA, L. F., ob. cit., p. 61, el diálogo es beneficioso tanto para la víctima como para el victimario. En el mismo sentido, LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, en PEREZ ALVAREZ F., *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 444.

¹⁰ *Vid.*, GARCIA PABLOS DE MOLINA. A., ídem, p. 1057

¹¹ GORDILLO SANTANA, L. F., ob. cit., p. 62. En esta línea BARATTA, A. en su "Debate en Santa Fe con Baratta, 1994, citado por ELBERT, C. A., "Baratta y los límites Epistemológicos de la Criminología", en PEREZ ALVAREZ, F (Ed), *In Memoriam Alexandri Baratta*, ob. cit. p. 91, donde argumenta la necesidad de tomar en serio los problemas sociales, una participación de todos los entramados sociales con la posibilidad de atender y resolver conflictos sociales a través del diálogo fomentando la sensación de justicia de la ciudadanía.

¹² *Vid.*, LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora", en PEREZ ALVAREZ, F (Ed.), *Serta: In memoriam Alexandra Baratta*, ob. cit., p. 446.

encima de otros fines¹³. El proceso de diálogo constituye un valor en sí mismo; la utilización de estas formas alternativas de justicia contribuyen, en última instancia a la pacificación¹⁴ de la sociedad, al utilizarse métodos basados en la comunicación y el diálogo, a través de herramientas como la mediación con la participación de un tercero imparcial, o con una mayor implicación de la comunidad como es el caso del *Conferencing*¹⁵, y los círculos restaurativos. La participación del estado se hace necesaria a modo de control legal; la participación de la sociedad civil debe convivir con la intervención del estado.¹⁶

El *fin esencial* que persigue la justicia restaurativa, es la *reparación del daño a la víctima*; mientras que la Justicia tradicional tiene entre sus fines la retribución por el injusto cometido, la prevención general y la especial, la justicia restaurativa pone su mayor acento en la reparación a la víctima, como forma también de reparar el daño a la comunidad. La reparación es un instituto que procede del Derecho civil de daños, sin embargo, el concepto de reparación que se defiende es un concepto de reparación amplio¹⁷: más allá de la reparación económica está la reparación simbólica, la realización de determinados trabajos o servicios por acuerdo con la víctima, el perdón o las disculpas¹⁸, etc.; son conceptos alimentados de concepciones ético-religiosas o filosóficas presentes en la cultura social y que pueden tener determinadas consecuencias en el ámbito penal¹⁹. La reparación, desde una perspectiva de prevención especial se valora como el esfuerzo del

¹³ Vid., MATELLANES RODRIGUEZ N., "La Justicia Restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la Mediación", en MARTIN DIZ (Dir.) *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 208.

¹⁴ ROXIN, C.: "La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 8, pp. 19-30.

¹⁵ En el caso del *Conferencing* la comunidad es parte, un tercer actor en el desarrollo del proceso restaurativo, más allá de un proceso privado entre víctima y ofensor, la comunidad participa como víctima secundaria del delito, y a su vez facilitando el apoyo a la víctima implicándose activamente en la reparación del daño, y al infractor posibilitando su reinserción en la sociedad. Vid., GUARDIOLA M. J., ALBERTÍ M. y otros, en TAMARIT SUMALLA J., *La Justicia Restaurativa*, ob.cit., p. 239.

¹⁶ En este sentido, siguiendo a Braithwaite, LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la Justicia...", en PÉREZ ÁLVAREZ F., *Serta: In Memoriam...*, ob. cit. p. 446.

¹⁷ Vid., GARCÍA-PABLOS, A. en *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1058.

¹⁸ Vid., ZHER, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, ob. cit., p. 22. La justicia restaurativa coincide con la exigencia de admisión de una responsabilidad activa por la que el ofensor reconozca el mal que ha causado. Implica, además motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle a dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible.

¹⁹ Vid., LARRAURI, E., "Tendencias actuales de la justicia restauradora...", ob. cit., p. 448

autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica, y va a conducir a la aceptación por su parte de las normas de la comunidad, reafirmando de esta forma la prevención especial positiva. En consecuencia, el Derecho penal que se orienta en la reparación favorece la *resocialización* del delincuente, y por tanto también contribuye a la pacificación²⁰. Sin embargo, deben establecerse *límites a los acuerdos de reparación*; por algunos autores se ve la necesidad de regular unos principios legales que marquen los tipos de sanciones y el tiempo de cumplimiento²¹; pero ¿acaso la regulación no constituiría nuevamente una expropiación del conflicto?; ¿acaso no se debe confiar en el *poder* a las partes y de la comunidad bastando como garantía del control la figura del mediador o el control judicial a posteriori?

Las críticas en torno a estas soluciones consensuadas entre las partes han venido desde la rama jurídica y la criminológica²²; los primeros, por la vulneración de los principios del derecho: el principio de igualdad, al poderse alcanzarse distintos resultados para casos similares; el principio de proporcionalidad, puesto que al dejarse en manos de la víctima y la comunidad la resolución del caso, pueden adoptarse soluciones desproporcionadas; y por último, el principio de imparcialidad, al participar las partes afectadas y no terceros imparciales. Todo ello va unido a una concepción de delito indisponible para los particulares por afectar a los intereses públicos. Desde la criminología se incide en el peligro de que se sustraigan del sistema penal formal muchas conductas ilícitas como forma de huida a posiciones más benévolas para los sujetos infractores, de ahí que pretendan restringir la aplicación de la justicia restaurativa a los casos menos graves, lo que ha generado en muchos casos un efecto de “extensión en la red”²³.

3. MOVIMIENTOS Y FACTORES DE IMPULSO

A lo largo de la historia, el binomio enjuiciamiento-conciliación ha constituido dos opciones efectivas. La mediación tiene “corta his-

²⁰ GORDILLO SANTANA, L. F., en *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, ob. cit. p. 70.

²¹ *Vid.*, LARRAURI, E. “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora..”, ob. cit. p. 449.

²² *Vid.*, LARRAURI E., ídem, pp. 454-455

²³ LARRAURI, E., Idem. p. 464.

toria pero largo pasado”²⁴. No es una fórmula inventada en la actualidad, pero en sus antecedentes más próximos debemos destacar los siguientes orígenes:

3.1 El movimiento de la “*diversion*”

Se origina en Estados Unidos, en la década de los setenta con la influencia del movimiento de la despenalización y la crítica al sistema carcelario, postulando la búsqueda de vías alternativas al sistema legal, a través de instancias no institucionales y de mecanismos informales que pudieran resolver más eficazmente y con un menor coste los conflictos. La necesidad de reducir el internamiento, y su sustitución por la aplicación de las penas a través de la comunidad evitaría el coste estigmatizador de la prisión, a la vez que, aliviaría la sobrecarga de la administración de Justicia, pudiendo resolverse un buen número de conflictos de importancia menor satisfaciéndose a su vez los intereses de las víctimas²⁵.

3.2 Victimología y Victimodogmática: El “*poder*” de la víctimas

El nacimiento de una justicia pública con la asunción del Estado del “*ius puniendi*”, convirtió el conflicto entre partes en un conflicto social, donde el estado impone una respuesta jurídica a las conductas ilícitas, relegando a la víctima a un papel secundario en el proceso penal: *neutralización de la víctima*²⁶. Los movimientos de defensa de los derechos de las víctimas surgieron ante una necesidad de respuesta a las voces de las víctimas, demandando un mayor protagonismo y una mayor respuesta a la satisfacción de sus necesidades²⁷. El redescubrimiento de las víctimas se produce tras la Segunda Guerra Mundial, y entre los pioneros del movimiento de la Victimología se en-

²⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. en *Tratado de Criminología*, ob. cit. p. 1047. En el mismo sentido, VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora...*, ob. cit. p. 300.

²⁵ PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y Conciliación*, p. 14 y ss. VARONA MARTÍNEZ G., *La mediación reparadora...* p. 147 y ss.

²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA A., *Tratado de Criminología*, Valencia 2009, pp. 108 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Valencia, 1998, pp. 20-25; GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, ob. cit., pp. 78-80

²⁷ *Vid.*, ESER A., “A cerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal.”, en ESER, HIRSCH, ROXIN y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 17, donde se destaca el papel de la Victimología en una nueva situación jurídica mejorada desde la protección de la víctima.

cuentran VON HENTING y MENDELSONN; los delitos no pueden concebirse si no es por la interacción víctima-infractor; para una mejor comprensión del fenómeno criminal, matizar la responsabilidad del autor o en la prevención del delito²⁸.

El estado debe de asegurar a las víctimas una adecuada protección, a mayor, si lo que pretende es su participación en el proceso penal para esclarecer los hechos de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 410 de la Ley 1/1882 de Enjuiciamiento Criminal, que recoge la obligación que todos los españoles tenemos de declarar como testigos en un proceso penal²⁹.

Los movimientos de apoyo a las víctimas han ido calando en nuestra sociedad, y las legislaciones han ido adaptándose, otorgándoles un nuevo protagonismo, hasta el punto que la sociedad ha sido muy sensible a sus demandas; en ocasiones dichos movimientos no se hallan exentos de críticas, ya que junto con otras implicaciones, han provocado una vis expansiva del derecho penal³⁰, con demandas de endurecimiento de las penas, de restricción de penas alternativas o sustitutivas a la prisión, o de beneficios penitenciarios³¹.

3.3 Abolicionismo

Desde las tesis abolicionistas se ha criticado el formalismo con el que el Derecho penal resuelve los conflictos expropiándolos de sus verdaderos titulares; se defiende un modelo de justicia que devuelva el conflicto a las partes, limitando la intervención del estado. La idea central reside en la necesidad de modificar la concepción del delito y el papel del derecho penal³² estableciéndose fórmulas alternativas a la

²⁸ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*. Pamplona. Aranzadi, 1998. p. 18. Siguiendo a Schneider alude a la teoría de la interacción simbólica y a las nuevas investigaciones sobre los procesos de aprendizaje social, donde se concibe la delincuencia como un fenómeno complejo surgido de una distribución de papeles en los procesos de comunicación, donde los autores aprenden y asumen su rol de victimarios y las víctimas aprenden se identifican con el suyo.

²⁹ En este sentido, MAGRO SERVER, V., "El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal", en *Diario La Ley*, n.º 7495, 25 de Octubre 2010. Ref. D-324.

³⁰ *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 2001, pp. 67 y ss.

³¹ Cfr. DIAZ RIPOLLES J. L. "EL nuevo modelo de seguridad ciudadana", <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, pp. 10 y ss.

³² *Vid.*, PÉREZ SANZBERRO, G., en *Reparación y conciliación en el sistema penal*, ob.cit., p. 14.

cárcel y en su versión más radical la erradicación del Derecho Penal³³. Las tesis abolicionistas fueron iniciadas, entre otros, por CHRISITIE,³⁴ HULSMANN y MATHIESEN, y presentadas en el Noveno Congreso de Criminología de Viena, en 1983; señalan en síntesis que el Derecho penal «roba o sustrae» el conflicto a sus titulares reales, autor y víctima, lo que aumenta el daño causado por el mismo³⁵; se reivindica el potencial del conflicto para la actividad y la participación ciudadanas³⁶; se aboga por procedimientos descentralizados e informales de resolución de los conflictos que pueden aportar soluciones más satisfactorias para todas las partes, y de menor violencia que la justicia institucionalizada. El movimiento abolicionista toma como base las teorías de la “diversion” y la Criminología crítica³⁷: el derecho penal debe de cumplir con la protección de los bienes jurídicos esenciales, de ahí su carácter formalista-garantista, sin embargo en aquellos casos que existan otras formas de protección que se revelen eficaces debe de cederles paso, conformando un derecho de última ratio.³⁸ El abolicionismo se distingue de la justicia restaurativa al proponer la sustitución del sistema penal actual, bien por la resolución de conflictos por la propia comunidad, bien mediante su integración en el derecho civil³⁹.

El movimiento abolicionista supuso un impulso al movimiento de la justicia Restaurativa, en el claro intento de devolver a la comunidad el poder de resolver sus propios conflictos, con la promoción de la figura del mediador-víctima-victimario.⁴⁰

³³ NEWMANN, U., “Alternativas al Derecho Penal”, en ARROYO ZAPATERO, L, NEWMANN, U., y NIETO MARTIN, A (Coord.), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo, Colección Estudios Universidad de Castilla-La Mancha*, Cuenca, 2003, p. 202.

³⁴ CHRISTIE, N., “Conflicts as property”, *British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, 1977, traducción al español en Maier, J., *De los delitos y las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 169.

³⁵ *Vid.*, VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora*, 1998, p. 65. Cfr. GARCÍA-PABLOS, Tratado, 2009, p. 150. Cfr. LARRAURI E, *Penas alternativas*, 1997, p. 96. BOVINO A. “La víctima como preocupación del abolicionismo penal, en ESER, HIRCH, ROXIN..., ob. cit., p. 275.

³⁶ LARRAURI PIJOAN, E. : “Abolicionismo en el Derecho Penal: la propuesta del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, n.º 3, 1987. pp. 95 y ss.

³⁷ VARONA MARTÍNEZ, G. en *La mediación como estrategia de control social*, ob. cit., pp. 65-70.

³⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, ob. cit., p. 22, destaca la importancia de las tesis desformalizadoras a tener en cuenta por la dogmática penal contemporánea.

³⁹ Cfr. LARRAURI PIJOAN, E. “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora, en PEREZ ALVAREZ, *Serta: In memoriam*, ob.cit. p. 440.

⁴⁰ GORDILLO SANTANA L. F., en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, ob. cit. p. 133.

3.4 El paradigma de la “resocialización”

La *resocialización* pone el acento en la necesidad de intervenir de forma positiva en la persona del infractor como parte esencial de la respuesta al delito, reintegrándole en la comunidad jurídica una vez cumplida la pena, a diferencia del modelo disuasorio que propugna una respuesta implacable al delito, rápida y eficaz, como instrumento preventivo, respaldada por la sociedad. Los fines de la pena orientados a la resocialización vinieron a sustituir a la retribución del delito como castigo. Las ideas de la resocialización en nuestro país se recogen en el artículo 25 de la CE que orienta las consecuencias jurídicas del delito a la reinserción y resocialización del delincuente. Desde su orientación terapéutica, objeto de estudio por la “*Therapeutic Jurisprudence Approach*”, que contempla la criminalidad como problema de salud pública⁴¹, con la aplicación de la pena de prisión como tratamiento de rehabilitación del delincuente que resultó un completo fracaso⁴², ya que la pena no resocializa sino que estigmatiza y constituye un factor criminógeno, revelándose la prisión como una subcultura, con su lenguaje, normas y valores propios, y con sus particulares estructuras de poder; que genera la victimización del propio delincuente dentro del sistema carcelario⁴³. Se propugnan medidas resocializadoras al margen de la prisión, en régimen de libertad⁴⁴; desde las nuevas corrientes criminológicas que apuntan a que la resocialización debería orientarse a la modificación de las estructuras sociales. La Escuela del “*Labelling Approach*” o “*Etiquetamiento social*” no entiende la criminalidad como cualidad del individuo sino como consecuencia de un proceso de definición social⁴⁵. En todo caso, un modelo de política criminal que debe de integrar la protección de los derechos humanos⁴⁶, no puede olvidarse de los fines de prevención especial, con una proyección al futuro que permita reintegrar al sujeto infractor en la comunidad. La resocialización se orienta hoy día a

⁴¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, p. 1056.

⁴² La resocialización calificada por MUÑOZ CONDE como un mito, en MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito” en *La reforma del Derecho Penal* MIR PUIG, Ed. Universidad autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980.

⁴³ GORDILLO SANTANA, en *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, ob. cit. p. 116.

⁴⁴ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución”, en *La Reforma del Derecho Penal*, Mir Puig, Ed., Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980, p. 155.

⁴⁵ *Vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 32, 1979, p. 685. GORDILLO SANTANA, L.F. en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, ob. cit., p. 114

⁴⁶ *Vid.*, BARATTA, A., *Seguridad*, ob. cit. pp. 13 y ss.

evitar la desocialización del delincuente que provoca el estigma carcelario, y este es el fin que persiguen los sustitutivos de las penas privativas de libertad; las nuevas vías para la resocialización consisten en la humanización de las penas. Tomando como punto de partida estas premisas, la reparación del daño puede contribuir sensiblemente a la resocialización del delincuente⁴⁷.

3.5 La influencia de la Justicia Comunitaria

Por parte de estas concepciones se critica el modelo retributivo, con una clara afinidad ideológica con el movimiento abolicionista, provenientes del mundo anglosajón, donde la finalidad del sistema sería la reparación a la víctima de los daños sufridos y a la comunidad, así como la integración social del infractor y las víctimas. Predica un control mayor de la comunidad sobre el delito, por medio del compromiso de los vecinos y de las partes interesadas en buscar soluciones constructivas al conflicto, con la reafirmación simbólica de las normas comunitarias y la prevención eficaz del delito y la reincidencia⁴⁸.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OFICIALIDAD VERSUS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el ámbito penal, la adopción de procedimientos de justicia restaurativa o reparadora, conlleva a un nuevo planteamiento o redefinición del significado de los principios de legalidad y oficialidad, que constituyen la base de la moderna ciencia del Derecho penal y en particular de nuestro sistema judicial. *El principio de legalidad* tiene su máxima expresión normativa en el artículo 25.1 de la Constitución, donde se establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”. Y el artículo 124 CE encomienda al Ministerio Fiscal la labor de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés tutelado por la ley, con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad. *El principio de*

⁴⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, p. 264; Cfr. LUZÓN PEÑA, en *Estudios penales*, 1991, p. 282; Cfr. ROXIN en MAIER (Coord.), *De los delitos y las víctimas*, 1992, p. 153; Cfr. DÜNKEL, en BERISTAIN y DE LA CUESTA, *Victimología*, 1990, p. 115; Cfr., VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora*, ob. cit., p. 339.

⁴⁸ Vid., KARP, D. y CLEAR., Justicia comunitaria: marco conceptual, en *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice*, 2006, p. 242.

*oportunidad*⁴⁹ se configura en muchas legislaciones como la llave de acceso para la implementación de la justicia restaurativa en los sistemas tradicionales de justicia, conforme a criterios reglados, el juez o el fiscal, decidan a cerca de la conveniencia en derivar determinados asuntos a procesos restaurativos. El *principio de oportunidad reglada* podrá ser el instrumento de introducción de la Justicia Restaurativa en nuestro modelo de Justicia, en la práctica al arbitrio de la discrecionalidad de jueces o fiscales. Las experiencias de justicia restaurativa que se vienen realizando en numerosos juzgados y Audiencias Provinciales conforme a criterios de oportunidad, se traducen en la atenuación de las penas hasta en dos grados por la vía de la reparación del daño por la aplicación del artículo 21.5 CP, en relación con el artículo 66.2 del CP; y en la sustitución de las penas de prisión de hasta dos años por la aplicación del artículo 88. CP, o en la suspensión de las mismas por aplicación del artículo 83.1.6 CP. De ahí que se hace necesario un profundo análisis a cerca del modelo de justicia que se pretende conseguir, acometiendo progresivamente las reformas necesarias que permitan la introducción de los mecanismos restaurativos, que podrían comportar en unos casos la despenalización de determinadas conductas, y en otros, la alternatividad y complementariedad respecto al proceso penal⁵⁰, y para ello, el significado y la naturaleza de instituciones como la reparación, la conciliación o la mediación se hacen imprescindibles.

En España, hasta el momento, el principio de oportunidad solo se contempla en la legislación penal del menor, artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor; y anteriormente, en el artículo 15, regla 6.^a de la LOR-CPJM de 1992, que incluye la reparación como condición del sobreseimiento del proceso.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE REPARACIÓN EN LOS FINES DE LA PENA

La idea de si los acuerdos de reparación pueden tener naturaleza penal, como sanción autónoma respecto de la pena, o incluso si se pueden considerarse sanciones penales, o sus fines de pacificación de

⁴⁹ *Vid.*, ORTIZ URCULO, J., “El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. Ponencia”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004.

⁵⁰ Se tiende a reconocer la justicia reparadora como complemento antes que como alternativa global al derecho penal, y a su vez se produce una extensión del alcance con la admisión de nuevas prácticas restaurativa en una mayor diversidad de delitos y en todas las fases del procedimiento, en TAMARIT SUMALLA, J., *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, ob. cit. p. 62.

la sociedad deben contemplarse por el derecho penal, han sido tratados desde distintas posturas en la doctrina penal⁵¹: **a) La reparación como sanción penal autónoma**, una tercera clase de pena, junto a la privativa de libertad y a la multa, es la tesis que propugna SESSAR. El concepto de reparación como sanción penal ha sido objeto de críticas⁵² por la doctrina mayoritaria, ya que existe una diferencia de partida esencial entre la pena y la reparación civil, ya que el presupuesto de aplicación de la pena es la culpabilidad, mientras que el presupuesto para la aplicación de la reparación es el daño, con independencia de que el autor pueda declararse exento de responsabilidad⁵³. La aplicación de los acuerdos de reparación como una consecuencia jurídica independiente de la pena, sólo puede ser válido si entendemos que la reparación cumple con los fines de la pena; una mayoría de la doctrina entiende que no satisface la función de ejemplaridad al no cumplir con los fines de prevención general y por tanto no puede constituirse como una respuesta autónoma al delito⁵⁴. La concepción de la reparación como sanción penal supondría la privación de la voluntariedad, rasgo esencial de la Justicia Restaurativa. **b)**

⁵¹ Vid., PEREZ SANZBERRO, en su obra *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, pp. 211-250, realiza un estudio a cerca de las aproximaciones doctrinales a la institución de la reparación en relación con los fines de la pena: para Seelmann y Rosnner, la reparación constituye un nuevo fin del Derecho Penal, que se define en la pacificación del conflicto, según Sessar la reparación es una modalidad de sanción penal diferenciable de las tradicionales, y para Frehsee, constituye una tercera vía en el sistema jurídico penal de control social, tesis que después asumiría Roxin, para atribuirle un carácter autónomo que sirve a los fines de prevención general positiva y especial, y por último, Zipf, considera que la solución adecuada es integrar la reparación en otros institutos jurídicos, como la conciliación autor-víctima, dotando de fuerza penal a la compensación del daño de carácter civil, aproximando al concepto de diversion con la finalidad específica de orientación hacia la víctima.

⁵² En sentido contrario apunta TAMARIT SUMALLA, J.M. : la reparación no puede incorporarse a los fines de la pena, sino como una disminución de las necesidades preventivas de pena a partir de una ponderación de los diversos fines de naturaleza pública, con el fin de atender a otro objetivo de la política social, realizable en el seno del proceso penal, cual es la reparación de la víctima del delito. *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*. Barcelona, 1994, p. 171 y ss. En el mismo sentido se pronuncia GORDILLO SANTANA L.F, en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Madrid 2007, pp. 355 y 356: Ningún proceso de mediación penal, incardinado en el ámbito legislativo como pena o sanción autónoma puede tener cabida, primero, por vulnerar la esencia misma del proceso, y segundo porque en ningún caso cumplirá con los fines de prevención especial que deben de fundamentar es tipo de actuaciones; Vid., LARRAURI E., "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora", en PEREZ ALVAREZ, F., en *In Memoriam Alexandra Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p. 445.

⁵³ Vid., GRACIA MARTÍN L, BOLDOVA PASAMAR, y ALASTUEY DOBÓN en *Leciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, 2004, p. 532.

⁵⁴ ALASTUEY DOBON .M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

La reparación como tercera vía. ROXIN, en su Proyecto Alternativo de reforma⁵⁵ publicado en 1992, defiende la naturaleza de la reparación como tercera vía, partiendo de las tesis de Rössner, Wulf o Seelman, en tanto que contribuye positivamente a los fines del derecho penal: *de prevención general, prevención general positiva*, con la satisfacción del sentimiento jurídico con la recomposición de la paz jurídica y *prevención especial*, con la reacción que se provoca en el autor al enfrentarse a los daños ocasionados a su víctima, favoreciendo la asunción espontánea de las consecuencias penales con la asunción voluntaria de las normas⁵⁶. La reparación reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción ante el sentimiento jurídico del delito y solventara el conflicto entre el autor y la generalidad. Se parte de un presupuesto de punibilidad en sentido abstracto sin la implicación obligatoria del castigo del caso concreto y del carácter subsidiario del derecho penal, con la sustitución por soluciones más benignas para el autor, como sería el caso de la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad de contenido reparatorio⁵⁷. El concepto de reparación concebido como “tercera vía”⁵⁸, frente al injusto penal, junto a la pena y la medida de seguridad, recogido en la Propuesta de regulación del Proyecto Alternativo alemán de Roxin, puede suponer la retirada de la pena como forma de reacción penal frente al delito, o en su caso, una reducción significativa de la misma. La asunción voluntaria de una reparación podría conllevar a una no necesidad de pena, desde una perspectiva preventivo general y especial, con la renuncia a la misma o al archivo del procedimiento iniciado en su caso, o en otro caso, a una atenuación de la pena a imponer, la suspensión o la sustitución de las penas privativas⁵⁹. En este sentido, la reparación puede entenderse como

⁵⁵ Vid., ROXIN, C. “Fines de la pena y reparación del daño”, en ESER, HIRSCH, ROXIN, en *De los delitos y las víctimas*, ob.cit. p. 135

⁵⁶ Vid., PEREZ SANZBERRO, G, en *Reparación y conciliación en el sistema pena.....*, ob. cit., pp. 256.

⁵⁷ El fundamento de la reparación puede encontrarse en TAMARIT SUMALLA, J., “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal, en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 65

⁵⁸ La defensa de la reparación como tercera vía es la conclusión de la tesis defendida por la autora en PEREZ SANZBERRO, G, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, ob. cit., p.p. 258-265.

⁵⁹ CRUZ PARRA, J. A., en su tesis doctoral “*la mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*. Junio 2013, se decanta por definir la reparación por mediación como motivo de sobreseimiento del proceso, si está en fase de instrucción; y si está en fase de enjuiciamiento constituiría una atenuación de la pena, (como lo es ahora) o podría instaurarse como motivo de suspensión de la pena, sin incluirla en el catálogo de sanciones penales ya que no tiene una naturaleza sancionadora.

una “excusa absolutoria”, lo que permite ser aplicada antes, durante o incluso después del proceso⁶⁰. c) **Acuerdos de reparación y el fin de pacificación social**. Para los defensores de la justicia restaurativa, el fin último que se consigue cuando la paz jurídica queda restablecida por completo, implica la no necesidad de pena desde la perspectiva de la prevención general y especial⁶¹; si la pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad puede ser completa en infracciones penales menores, por una parte de la doctrina, se plantea la despenalización de estas conductas⁶²; si partimos de que la pacificación se considera un fin general de nuestro sistema de justicia, no es extraño que el derecho penal atribuya consecuencias jurídicas a los acuerdos de reparación provenientes de los procesos restaurativos que hayan resuelto el conflicto social⁶³, y que pueden derivar en la no necesidad de pena o en su aplicación atenuada; una mayor incidencia en estos fines puede suponer un progresivo aumento en la aplicación de los procesos restaurativos a las conductas delictivas en tanto que sean capaces de cumplir con los fines del derecho penal, constituyendo una propuesta alternativa a la pena tradicional de privación de libertad.

6. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LOS PROCESOS RESTAURATIVOS

6.1 El reconocimiento de los hechos y el principio de la presunción de inocencia

El punto de partida de obligada reflexión es si el reconocimiento de hechos debe de constituir un requisito o presupuesto para los procedi-

⁶⁰ ESQUINAS VALVERDE P. en “*La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos*,” p. 61.

⁶¹ El Proyecto Alternativo de Reparación en Alemania integra un concepto amplio de reparación, satisfaciendo los fines de la pena, introduciendo la mediación entre víctima y ofensor. El Proyecto publicado en 1992 parte de las tesis de ROXIN que atribuye la reparación como tercera vía, junto a la pena y las medidas de seguridad y reinserción social. En realidad, sólo en la propuesta de sustitución de la pena por la reparación puede decirse que constituya una consecuencia jurídico-penal autónoma en el derecho material alemán, no así en la integración de la reparación en el sistema de sanciones penales propuestas en el proyecto.

⁶² Vid., ALASTUEY DOBÓN, M, C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 448.

⁶³ García Pablos plantea un nuevo modelo de justicia penal, cuyo punto de partida sea la concepción del suceso criminal como problema y como conflicto interpersonal e histórico, que enfrenta a la víctima y al victimario, en el mismo sentido Beristain acaba demandando una nueva reestructuración de la respuesta al delito y a la violencia, con talante no vengativo o expiatorio, sino restaurativo, en PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación*.,ob. cit., p. 46.

mientos restaurativos o no, y en segundo lugar, de ser necesario cómo puede preservarse el consagrado principio de presunción de inocencia; La respuesta es diversa en la doctrina española⁶⁴: mientras que unos lo consideran presupuesto necesario, otros lo niegan precisamente como salvaguarda del principio de presunción de inocencia. Si el punto de partida de estos procesos es la existencia de un acuerdo voluntario entre las partes, ello implica necesariamente un reconocimiento al menos de carácter implícito de los hechos, de ahí que haya autores que nieguen la pretendida garantía del principio de presunción de inocencia en estos procesos; sin embargo ello no puede presuponer ningún juicio de culpabilidad, de igual modo que la conformidad no implica asunción de responsabilidad en el supuesto de que no haya acuerdo; la obligada motivación de la sentencia judicial nunca podrá sustentarse en el indicio o la presunción de haberse intentado una mediación o cualquier otro proceso restaurativo. Otras formas de garantía del principio de presunción de inocencia⁶⁵ son la prohibición de que el mediador no pueda ser citado como testigo, o la de que el juez no pueda acceder al contenido de las sesiones de mediación, sino sólo al acta final ratificada por las partes en la que se recogen los acuerdos, siempre que la mediación concluya de forma satisfactoria.

6.2 Ámbito de aplicación

Mayoritariamente se apuesta por un concepto amplio de aplicación, si bien se toman en cuenta distintos criterios para la determinación de la oportunidad de iniciar un procedimiento restaurativo, como la gravedad de la infracción cometida, la naturaleza del conflicto, las experiencias prácticas, etc. En cuanto a la controversia relativa a la aplicación de la mediación a los *delitos de violencia doméstica y de género*⁶⁶, ello se viene fundamentando en una mayor protección a la víctimas, que se encuentran en una situación especial de desigualdad o asimetría que hace inviable un proceso de mediación, que debe partir de una

⁶⁴ Vid., TAMARIT SUMALLA J, en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 72. Se pronuncia a favor del previo reconocimiento de hechos; en el polo opuesto González Cano, Vid., GONZÁLEZ CANO, E. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores”, en *Revista del Tribunal de Justicia*, n.º 7, 2000. p. 39.

⁶⁵ En este sentido, DEL MORAL GARCIA, en SÁEZ RODRIGUEZ (Coord.): *La mediación familiar. La mediación Penal y Penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, 2008, pp. 389 y ss.

⁶⁶ Vid., CATALINA BENAVENTE, M. A., *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia*. Granada, 2010.

posición de cierto equilibrio entre las partes⁶⁷; su prohibición prevista en el art. 44.5 LO 1/2004 a mi juicio es un error: en primer lugar, es significativo que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley; el legislador en aquel momento no podía pensar en prohibir la mediación penal, que era una institución que no estaba, ni está regulada, por ello, es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil⁶⁸; la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador; debe de tenerse en cuenta, que no todos los casos que pueden configurar un delito de violencia son iguales, no es lo mismo un hecho aislado de violencia que una historia de malos tratos o vejaciones físicas o psíquicas⁶⁹. La pluralidad de formas de violencia evidencia que la existencia por si misma, sin proceder a un análisis más profundo, no es condición suficiente para predecir la viabilidad y efectividad de la mediación, por tanto no pueden establecerse reglas generales o rígidas ante la conveniencia de la mediación en violencia de género⁷⁰. Algunos autores defienden que la mediación penal en violencia de género puede resultar positiva, puesto que puede suponer para la víctima la pérdida del miedo, la recuperación de su autoestima y su *empoderamiento*⁷¹; y para el victimario hacerse consciente del daño ocasionado y asumir su responsabilidad. Puede constituir una vía para evitar o reducir la reincidencia, fortaleciendo la resocialización del maltratador, especialmente en los casos menos graves. Para algunos autores, el juez debería ser quien decidiera la derivación de algunos casos a mediación⁷². No sólo la mediación pe-

⁶⁷ Vid., CASTILLEJO MANZANARES, R. "Mediación en Violencia de Género, una solución, un problema", en GONZALEZ CUELLAR, N., *Mediación: Un método de? conflictos*. Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010, pp. 193-205.

⁶⁸ Cfr. FABREGA RUIZ, C.F. (Fiscal de Jaén. Secretario General GEMME España 1 y HEREDIA LAPUENTE, M. (Fiscal de Jaén y Coordinadora Fiscalía del Proyecto Mediación Penal de Adultos) "La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia) *Revista Estrados*. Colegio Abogados de Jaén, p. 2.

⁶⁹ Vid., DOMINGO DE LA FUENTE, V. "Justicia restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto.", *Diario de la Ley*, núm. 7701, 23 de Septiembre de 2011

⁷⁰ Cfr. SUARES, M., *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p 373.

⁷¹ Vid., ESQUINAS VALVERDE, P., "Capacitación de la mujer (*empowerment*) y mediación en violencia de género", *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (PUENTE L. dir) Comares, Granada.

⁷² Cfr. CANO MATA, I. Para los casos que hubiera existido conciliación entre víctima y victimario el juez podría contemplar la posibilidad de derivar a Mediación. Cfr.

nal puede constituir una respuesta adecuada a determinados supuestos de violencia de género sino que la experiencia comparada evidencia que es viable y que curiosamente, frente a las reservas a cerca de su implantación, constituye un instrumento muy valioso en la lucha contra la violencia de género, así lo avalan estudios recientes realizados en Austria y Estados Unidos.⁷³

7. APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN PENAL Y A LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

1. Marco legal: normativa internacional y europea

En el ámbito internacional, el desarrollo normativo sobre justicia restaurativa, ha tenido lugar a través de instrumentos de *soft law*⁷⁴; pese a ello, un importante paso en la consolidación del concepto de justicia restaurativa fue la aprobación en el seno del ECOSOC en abril de 2002, como resultado del impulso del 10.º Congreso de la Naciones Unidas de prevención contra el crimen y justicia penal, la Resolución 2002/12 sobre “*Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal*”; estos principios responden más con un modelo de complementariedad que de alternatividad, mediante la adopción de criterios de flexibilidad, sin fuerza vinculante y sin recomendaciones explícitas de adaptación dirigidas a los Estados. La Declaración alude a la “mediación, la conciliación, el *Conferencing* y las *sentences Circles*”.

Un paso más dentro del ámbito de Naciones Unidas ha sido la elaboración del Manual de programas de justicia restaurativa (2006) en el seno de la Oficina para drogas y delitos, donde se recogen los principios restaurativos que cuentan con consenso internacional, y realiza un descripción de las distintas prácticas restaurativas, y analiza otras cuestiones como la selección y formación de los facilitadores, el papel de las agencias y gestores de los programas y el desarrollo legislativo.

“*La mediación penal en España*”, *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)* Dir. S. BARONA VILLAR, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

⁷³ Estudios realizados en Australia entre 1998-2008: PELIKAN, C., “On the Efficacy of Victim-Offender-Mediator in Cases of Partnership Violence in Austria; YATES, D. L., VIJAYAN K. P. y PHILLIS, E. B., “Mediation versus Arrest Approaches to domestic Assault: Police Implications for Addressing Domestic abuse Among Under-Educated and Jobless Offenders”, *American Journal of Criminal Justice*, 2008, vol. 33, pp. 282-296.

⁷⁴ *Vid.*, TAMARIT SUMALLA, J., en *La Justicia Restaurativa*, ob. cit. p. 24

En el ámbito del Consejo de Europa se ha dictado recomendaciones poniendo en valor el deber de reparación a las víctimas, como son el caso de la Recomendación R (83)⁷⁵, la Recomendación R (85)¹¹⁷⁶ sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento pena o la Recomendación R (87)¹⁸ del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal. La Recomendación R (99) 19 del 15 septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación en asuntos penales, determinaba expresamente la introducción de la Mediación en las legislaciones de los estados miembros. Posteriormente, la Recomendación 8/2006, de 14 de Junio sobre asistencia a las víctimas, reconoce los beneficios de la mediación para las víctimas, por lo que se debe de facilitar a las víctimas la oportunidad de participación, con la debida protección y con el máximo respeto a la voluntariedad, confidencialidad y e independencia de los procesos de mediación. La Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia, ha realizado una revisión de la aplicación de la Recomendación sobre la mediación penal de 1999, y ha elaborado unas Directrices en relación con la implementación de la mediación, así como la necesidad de realizar evaluaciones de impacto de la justicia restaurativa en los Estados miembros; se señala las diferencias existentes entre los diferentes estados, que obedecen a determinadas causas, como la falta de disponibilidad de la mediación, su falta de conocimiento por los operadores jurídicos, la falta de formación especializada, y las diferencias en torno a la cualificación de los mediadores; también señala el documento la necesidad de poner en marcha proyectos pilotos que cuenten con valoraciones externas independientes. En el seno de la Unión Europea es donde la justicia restaurativa ha contado con mayor fuerza jurídica, así la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001⁷⁷, estableció la obligación de los estados miembros de

⁷⁵ La recomendación R (83) está orientada a potenciar la participación en la elaboración de políticas criminales y a facilitar la reparación de las víctimas, como forma de sustitución de las penas privativas de libertad

⁷⁶ La recomendación R (85)¹¹ recomienda a los gobiernos revisar las legislaciones internas para orientar la justicia hacia la reparación de la víctima.

⁷⁷ La evaluación institucional del impacto de la Decisión Marco en los países miembros ha sido realizada por *Victim Support Europe* y la *Asociación Portuguesa de Apoyo a las Víctimas*, poniendo de relieve una aplicación muy desigual de la norma: tal sólo un reducido grupo de países, formado por Alemania, Finlandia, Luxemburgo y Polonia, reconocen la mediación penal en sus legislaciones con carácter general; la mayoría de país la restringen a delitos menos graves como es el caso de Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y la mayoría de países del Este; y por último el grupo de países que no han incorporado la mediación en sus legislaciones, como es el caso de España, Holanda, Dinamarca, Rumanía y Bulgaria; mención especial alude al caso de Reino Unido, por ser el país donde más programas de justicia restaurativa se han desarrollado.

introducir la mediación en los procesos penales; la mediación es entendida como una solución negociada entre la víctima y el autor con anterioridad o durante el proceso penal, lo que favorece la confusión entre la mediación con otras formas de justicia negociada, además de olvidar la mediación post-sentencial; aborda el tema de la profesionalización del mediador definiendo en clave de competencia su intervención, por lo que no cierra el paso a una intervención de los mediadores voluntarios no profesionales con una adecuada formación.⁷⁸ *La Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo* que sustituye a la decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, donde se realizaba una apuesta clara por la mediación, en concreto en su artículo 10 decía “*que los estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas*”, difiere sensiblemente de la nueva regulación, la que hace alusión en su artículo 12, a la necesidad de protección de las víctimas en los contextos de aplicación de la mediación; la justicia restaurativa desde este punto de vista, es concebida como un riesgo de generar victimización secundaria, lo que ha llevado a críticas por parte de algunos sectores, como el *European Forum for Restorative Justice*, que han cuestionado las insuficiencias y los temores vertidos en la nueva directiva⁷⁹.

7.2 Legislación estatal y proyectos normativos

En España, hasta el momento, únicamente *la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del Menor*, regula la mediación en su artículo 19, en su doble vertiente de conciliación y reparación del daño, circunscrita a determinadas infracciones no violentas en base a criterios de oportunidad. No existe otra regulación positiva a cerca de la mediación, y resulta extraño, que la primera referencia legislativa de carácter estatal a la mediación de adultos haya surgido con el objeto de prohibirla, como ha sucedido en la *Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género*.

Los procedimientos de Justicia Restaurativa constituyen en nuestro sistema una realidad *de facto*, no sólo en la Jurisdicción de menores, donde la Ley del menor contempla la mediación, sino también en el ámbito de la justicia de adultos, a través de protocolos de actuación

⁷⁸ *Vid.*, TAMARIT SUMALLA, J., “La Justicia Restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en TAMARIT SUMALLA (Coord.): *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012, p. 27

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, J., pp. 29-30.

establecidos entre El Consejo General del Poder Judicial e Instituciones de Mediación y algunas Asociaciones, que son las encargadas de controlar y aplicar los procesos de mediación como complementarios al proceso judicial. La forma de ensamblarse en el proceso se ha venido realizando a través de la institución de la *conformidad* que permite alcanzar un acuerdo autocompositivo entre las partes con la consecuencia de la finalización del procedimiento con una “conformidad pactada” entre las partes y el Ministerio Fiscal y “ratificada” por el Juez. Los efectos derivados de los procesos de justicia restaurativa o de reparación del daño constituyen una causa de atenuación de la responsabilidad criminal prevista genéricamente en el artículo 21.5 CP, y comporta la imposición de la pena en la mitad inferior de la prevista para el tipo de delito, o como muy cualificada, que conlleva la aplicación de una disminución de la pena en uno o dos grados.

En España, a diferencia de algunos países de nuestro entorno, como Francia o Alemania, no se contempla la *dispensa de pena*, que permite dejar en suspenso la pena en cumplimiento de un acuerdo de reparación alcanzado. La realidad es que la Jurisprudencia no siempre concede una relevancia importante al esfuerzo reparador, supeditando la aplicación de rebajas en la pena al hecho de haberse producido una compensación económica.⁸⁰ ***El Proyecto de Estatuto de la Víctima*** regula normas de protección para las víctimas en relación con la implantación de los procesos restaurativos, estableciendo como presupuesto en su artículo 15 *que el infractor haya reconocido*⁸¹ *los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad*; y que la víctima haya sido informada sobre, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento. ***El Proyecto de Reforma del Código Penal por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal***, realiza una apuesta clara por la mediación dentro del proceso, *intrajudicial*: introduce dentro del *capítulo III, “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas”*, con una modifi-

⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, J, “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal”, en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, p. 69.

⁸¹ El criterio de TAMARIT SUMALLA, J., que apuesta por un modelo intraprocesal de justicia restaurativa con un presupuesto de reconocimiento de hechos para derivar el asunto a mediación, entendiéndose que la participación en estos procesos implica una asunción de autoría, frente al modelo de GONZALEZ CANO, en el que la participación del imputado en el proceso de mediación no implica asunción de autoría, por lo que no debería serle exigido el reconocimiento de hechos, ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo, ni arrepentimiento o petición de excusas o de cambio de actitud, en TAMARIT SUMALLA, J. “La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal” en *La Justicia Restaurativa...*, ob. cit. p. 72

cación del artículo 84, con la potestad por el Juez de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena para el caso de cumplimiento del acuerdo de mediación alcanzado por las partes. El ***Borrador de Código Procesal Penal*** contempla como excepción al principio de legalidad el de *oportunidad* en el artículo 90, donde el Ministerio Fiscal está obligado a ejercer la acción penal cuando se entienda suficientemente fundado el hecho punible, “salvo” que concurra “motivo bastante” para la suspensión o el sobreseimiento conforme a razones de oportunidad, si bien no se especifican, por lo que parece que se apuesta por criterios *apertus* de derivación, de amplia discrecionalidad, pero sometida a los requisitos de que el delito sea de *escasa gravedad* y *no exista interés público relevante* en la persecución, según se contempla en el precepto, y en segundo lugar, condicionado a su vez al cumplimiento del acuerdo, según se desprende del artículo 91. El archivo por oportunidad, con o sin suspensión de la causa equivale a una *renuncia de pena*. Para el caso de no cumplimiento con las condiciones que le imponga el Fiscal el procedimiento continuará quedando la suspensión sin efecto. A través del archivo o suspensión por razón de oportunidad, no hay motivo para que no pudieran integrarse los acuerdos de reparación adoptados en un procedimiento de mediación, previo acuerdo con el MF. La mediación penal se regula específicamente en el TÍTULO VI: el *Artículo 144*, alude específicamente a la *Mediación institucionalizada o profesional* con la remisión a Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Se extrae del texto, que quien controla qué asuntos van a mediación es el Ministerio Fiscal, pero no dice con qué criterios; habrá que entenderse la aplicación analógica de los criterios establecidos en el artículo 9 en relación a la potestad del archivo por motivo de oportunidad. Se entiende que todo el procedimiento de mediación queda fuera del “alcance del proceso”, ya que únicamente consta la apertura y el cierre con su resultado; de esta forma ambos procedimientos constituyen “estancias” separadas, lo cual constituye una garantía de independencia y respeto de los derechos constitucionales. La confidencialidad del procedimiento de mediación, por otra parte, queda garantizada con el deber de secreto profesional que vincula a los mediadores, y a la inhabilidad para declarar como testigos en el proceso penal que sustituya al de la mediación en la que hayan conducido. *El artículo 145* alude a la “suspensión de las Diligencias de Investigación cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal en base a criterios de oportunidad”. La relevancia de este precepto, a mi juicio, está en contemplar implícitamente la posibilidad de que el procedimiento de mediación sea iniciado por las partes, sin necesidad de derivación; con ello, se abre la puerta a que las instituciones de mediación puedan emprender

procesos restaurativos y con posterioridad comunicarlo al Ministerio Fiscal, que dotará de oficialidad al proceso y permitirá su integración en el sistema de justicia, con la atribución de las consecuencias jurídicas correspondientes, y el control del cumplimiento de los acuerdos.

Hay que diferenciar Mediación de Reparación. El artículo 146 es significativo, por cuanto que soslaya que a la mediación no le atribuye ninguna consecuencia jurídica, es decir, que por si misma no se le atribuye efecto alguno; la mediación no tendría más valor que el logro o alcance del acuerdo; tal vez debieran contemplarse, al igual que ocurre en la legislación de menores, cuando las víctimas sean las que impidan o dificulten el logro del acuerdo, la posibilidad de obtener algunas ventajas a favor del victimario, que ha reconocido los hechos y ha intentado la conciliación, pese a no ser aceptada, en la determinación y la aplicación de las penas a imponer, en lugar de anular todo valor al procedimiento de mediación y el inicio o retorno al proceso.

8. CONCLUSIONES

1. La justicia restaurativa aparece en nuestra sociedad como un “nuevo” modelo de resolución de conflictos que propugna un cambio de método en el sistema de justicia; un modelo de justicia centrado en los intereses de las partes en conflicto, víctima y victimario, y que plantea la participación de la comunidad, como víctima secundaria, para favorecer el resarcimiento y la restauración del daño, por encima de la retribución por el injusto cometido. La comunidad al implicarse en los conflictos generados en su seno adquiere compromisos y facilita la re inserción del victimario, contribuyendo por otra parte a fomentar la participación de la misma en la generación de justicia.

2. Las “debilidades” de nuestro modelo de justicia se han patentizado por diversos movimientos que han puesto en tela de juicio algunos de los fundamentos sobre los que se sostiene; tal fue así que todo el movimiento generado a favor de las víctimas ha supuesto desde la Victimología una denuncia al sistema, por entender que despersonaliza el conflicto, demandando un mayor protagonismo de la víctima de cara a una mejor satisfacción de sus necesidades; por otra parte el Abolicionismo exigía una retirada o una reducción a la mínima aplicación del Derecho penal por entender que el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado expropiaba el conflicto a sus verdaderos titulares, y apostaba por una resolución privada del mismo; por otra parte el fracaso del ideal “resocializador” de las penas privativas de libertad incidía nuevamente en la crisis de un modelo de justicia incapaz de cumplir con los fines

que se le atribuyen y enlazaba con los modelos de *diversion* en la aplicación de penas.

3. La Justicia Restaurativa no propone un modelo rupturista con el sistema “tradicional” de justicia, sino que su ideal restaurador no niega la aplicación del Derecho penal a diferencia del abolicionismo.

4. La crisis del sistema de justicia aboca necesariamente a una redefinición de algunos conceptos; la justicia reparadora pone su mayor acento en la conciliación y la reparación del daño, la asunción de responsabilidad por parte del autor y la reintegración del victimario en la sociedad, restando valor a la retribución propiamente de la infracción cometida.

5. Si el ideal reparador se toma como referencia en la construcción de un nuevo modelo de justicia penal, habrá que analizar la naturaleza jurídica de los acuerdos de reparación al objeto de poder concretar sus consecuencias jurídico-penales. La naturaleza jurídica de la reparación no es una cuestión pacífica en la doctrina penal, más al contrario, ha generado, múltiples interpretaciones que van a traer como consecuencia conceptos muy diferentes de comprensión a cerca de los límites y las consecuencias jurídicas que van a tener dichos acuerdos en cualquier sistema de justicia, y por tanto posturas muy divergentes en torno a una mayor o menor autonomía en su aplicación.

6. Partiendo de un concepto de reparación, y avanzando hacia una propuesta integradora con una redefinición del concepto del Derecho penal como un derecho del conflicto, y no tanto o no sólo cómo una respuesta punitiva al injusto cometido, la justicia restaurativa podría configurarse como alternativa al proceso judicial penal en aquellos casos de menor gravedad, que con el debido control judicial, podrían ser gestionados por instituciones de base comunitaria, que aplicarían modelos de justicia restaurativa, de forma autónoma e independiente del proceso. Pero, para ello, falta una red comunitaria de apoyo, con una apuesta importante por parte de las instituciones que permita la participación y la asunción de este rol por parte de la comunidad. Hasta entonces la implementación de la Justicia Restaurativa pasa por un adecuado control judicial, pero con una garantía de independencia entre ambos procesos, al objeto de preservar los derechos de las partes, y en especial la presunción de inocencia del victimario.

7. La implementación de la Justicia Restaurativa en España, se perfila en la praxis tomando como referencia criterios de oportunidad, y de ahí salta a los proyectos normativos, que incorporan una regulación de este principio delimitándolo como excepción a la aplicación del principio de legalidad, que va a permitir, la derivación de asuntos a

procedimientos de mediación, que podrán concluir con renunciaciones de pena suspensiones o archivo de los procedimientos iniciados en algunos casos (en este sentido apunta el borrador del nuevo código procesal penal) y en otros, la aplicación de la atenuante de reparación del daño, que podrá beneficiar la suspensión o la sustitución de las penas.

8. Por último, para que se produzca un renovado cambio de orientación en nuestro sistema de justicia, harán falta la dotación de medios personales y materiales, puesto que este nuevo concepto de justicia requiere un esfuerzo importante tanto por parte de las instituciones oficiales como por parte de la sociedad a través de las instituciones de base comunitaria, si lo que pretendemos es una justicia más “justa”, más “humanitaria” y más “participativa”.

