



## **DOCUMENTOS SOBRE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

**CENTRO DE MEDIACIÓN EDIACI N Región de Murcia**

### **JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL**



#### **INTRODUCCIÓN**

Las palabras de Subijana Zunzunegui, 2015, nos permiten decir que: “La transposición de la Directiva 29/2012/UE mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril conlleva, entre otras exigencias, la necesidad de reflexionar sobre el modo y manera de implementar los servicios de justicia restaurativa en el proceso penal.

Precisamente su incardinación en el procedimiento elaborado para el ejercicio del derecho a penar del Estado exige definir qué garantías deben estar presentes en este modelo de justicia para satisfacer las exigencias del denominado juicio justo o proceso debido.

La derivación del asunto, dentro de un procedimiento judicial, al espacio de comunicación facilitado por un tercero precisa el cumplimiento de garantías que pueden ser: comunes para las víctimas y victimarios (la garantía de autonomía, dirigida a preservar que la decisión de iniciar, participar y culminar el proceso de comunicación sea libre; la garantía de reparación, encaminada a permitir la máxima restauración por parte del victimario del daño injusto padecido por las víctimas y la garantía de privacidad, destinada a preservar la confidencialidad del contenido del proceso de comunicación); exclusivas de las víctimas (garantía de protección, encaminada a neutralizar el riesgo de revictimización y victimización secundaria) y privativas del victimario (garantía del trato como inocente mientras se desarrolla el procedimiento).

Respetadas estas garantías, la derivación es factible en las diversas fases del procedimiento (instrucción, enjuiciamiento y ejecución) atendiendo a las peculiaridades que cada una de estas fases tiene en los diversos tipos de procedimiento previstos en nuestra legislación.

En todo caso, consideramos que el resultado alcanzado en el espacio de comunicación tiene que satisfacer los objetivos públicos pretendidos con la intervención penal, tanto en el plano de la pacificación social (reafirmación de la vigencia de la norma como instrumento válido para la convivencia social) como en el seno de la pacificación individual -reparación del daño injusto

causado a la víctima y reincorporación del victimario a la vida social en términos hábiles para respetar la ley penal”.

La mediación penal en la jurisdicción de adultos se está aplicando a través de experiencias en diferentes órganos jurisdiccionales. Hasta el 2015, lo más cercano a la mediación penal se encontraba en la conciliación planteada por la **Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores**, que abría la posibilidad de sobreseer el expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

Actualmente, la encontramos en la última **reforma del Código Penal, con la LO 1/2015**, en su **artículo 84.1 sobre la suspensión de la pena de prisión**, introduce dicha figura al establecer que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación. También, en el **Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril)**, que señala los requisitos necesarios para acceder a este tipo de mediación.

Ya en la **Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal**, se planteaba la necesidad de incorporar la mediación penal para adultos en la legislación española. *“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se vaya alcanzando con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”* (arts. 10 y 17).

En este sentido y para estudiar su efectividad, el Consejo General del Poder Judicial ha puesto en marcha experiencias piloto de mediación penal en adultos en diferentes juzgados del territorio nacional.

La Mediación Penal persigue:

1. Asegurar la protección de la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito.
2. Responsabilizar al infractor sobre las consecuencias de su infracción.
3. Atenuar la pena (atenuante de reparación del daño o analógica, de acuerdo a los artículos 21.5 y 21.7 del Código Penal.)
4. Procurar medios para la normalización de su vida.
5. Restablecer la convivencia y el diálogo comunitario.
6. Devolver el protagonismo a la sociedad civil
7. Conocer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor.

La mediación penal es un sistema de resolución de conflictos que busca la reparación moral y material de la víctima de un delito, mediante un acuerdo con el infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación confidencial, dirigido por un mediador imparcial.

Se rige por los principios de la **Justicia Restaurativa**, cuyo objetivo es que el infractor se responsabilice del delito, sea consciente de las consecuencias y pida perdón a la

víctima, alcanzando un acuerdo para reparar el daño. La víctima, por su parte, encuentra en esta vía una forma de expresar sus sentimientos ante el daño ocasionado y es resarcida.

Aunque en España la justicia restaurativa y la mediación penal son mecanismos muy recientes, la legislación ya antes del 2015, contenía ciertos preceptos que permitían su adaptación y aplicación en el sistema penal, al entenderse como un método privilegiado de reparación del daño por la infracción penal, por medio de instituciones jurídicas como la atenuante de reparación del daño, contemplada en el art. 21.5ª del Código Penal, la colaboración con la administración de justicia al confesar la infracción cometida, recogida en el art. 21.4ª del mismo texto legal o tipos penales en los que conductas que de alguna manera podrían considerarse que atenúan el daño merecen una disminución de la pena, como en los relacionados con la detención ilegal y el secuestro (art. 163 CP23), delitos contra la hacienda pública (art. 305.4 CP24) o los de restitución directa o indirecta del vehículo a motor o ciclomotores sustraídos (art. 244.1 CP25), los causados sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss CP); contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP).

En el ámbito de ejecución de la pena de prisión el art. 91.2 del Código Penal contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido; así mismo, en el artículo 88 CP se establece como requisito para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, el esfuerzo “por reparar el daño causado”.

En el ordenamiento jurídico penal de los menores infractores, la reparación se halla regulada en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000 LORPM26. El modelo existente contempla la reparación directa e indirecta bajo ciertas premisas: la existencia de infracción menos grave; la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor infractor, en particular la ausencia de violencia o intimidación graves; que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado por la infracción o cualquier otra actividad educativa propuesta por el equipo técnico.

En fase de ejecución de las medidas impuestas, ya sin sometimiento a los requisitos objetivos y subjetivos mencionados en el art. 19 de la LORPM, el art. 51.2 del mismo texto legal contempla el cese de la medida que se esté cumpliendo por acuerdo conciliador o reparador entre la víctima y el infractor cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplida expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

En el art. 60.5 del Reglamento de desarrollo de la LORPM, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio, se establece la posibilidad de conciliación entre menores internos que hayan sido sancionados en un centro cerrado, circunstancia que permite suspender la sanción impuesta.

Es decir que, de algún modo, se puede afirmar que la legislación en materia penal y procesal comparte muchos de los objetivos que persigue la justicia restaurativa, como son la reparación a la víctima y la pacificación social, poseyendo instrumentos que han venido permitiendo su implantación y aplicación.

En el ámbito internacional, desde los primeros años de la década de los años 80 del siglo pasado, son numerosas las declaraciones e instrumentos provenientes de organismos internacionales que contemplan la justicia restaurativa en general y la mediación en particular como objeto y en ocasiones como objetivo prioritario de atención.

## CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

El concepto inicial de justicia restaurativa empezó a discutirse a finales de los años 70 principalmente en Estados Unidos<sup>1</sup> por parte de pequeñas redes de académicos y prácticos americanos y europeos. En 1990 se sufragó con fondos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte una conferencia internacional en Italia<sup>2</sup> con el fin de explorar el interés mundial en este tipo de justicia<sup>3</sup>. Tras esta conferencia aumentaron las experiencias prácticas y los estudios en diferentes países<sup>4</sup>, desencadenado así que la subcomisión de las Naciones Unidas (constituida por un grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa) preparase un informe para presentar más tarde ante la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las resoluciones 1999/26, de 28 de julio de 1999, y 2000/14, de 27 de julio de 2000<sup>124</sup> del Consejo Económico y Social.

A raíz de ese informe y por parte del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, se comenzó a trabajar para que desde el seno de las Naciones Unidas se dictase un instrumento internacional que declarase los principios básicos de ese tipo de justicia y su utilización, y así se celebró en Ottawa, Canadá, del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001, una reunión del citado grupo para el estudio de las observaciones recibidas por 37 Estados Miembros sobre el anteproyecto.

El Grupo de Expertos examinó modelos de justicia restaurativa y los detalles de los principios comunes que los había informado, y concluyó que se consideraban menos costosos y más eficaces que las opciones de la justicia penal ordinaria en muchas circunstancias y en algunas ocasiones más acordes a las necesidades de las poblaciones autóctonas o aborígenes. Hubo acuerdo general entre los expertos en que las prácticas de justicia restaurativa debían considerarse como complemento de los sistemas de justicia establecidos y no como un mecanismo destinado a reemplazarlos. Fruto de estos estudios y trabajos se dictó el Proyecto revisado de elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal dictado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 2001. A continuación su Preámbulo:

“El Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, *Recordando que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia restaurativa,*

---

<sup>1</sup> Quien con mayor claridad y precisión lo articuló fue el autor HOWARD ZEHR en: “Justice paradigm shift? Values and visions in the reform process” en *Mediation Quarterly*. Volumen 12. Nº 3. Jossey Bass Publishers, 1995, pág. 216 y s.

<sup>2</sup> Presentaron ponencias relacionadas con el desarrollo e impacto de los programas políticos y ejercicio de la justicia restaurativa los siguientes países: Austria, Bélgica, Canadá, Gran Bretaña, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Noruega, Escocia y Turquía.

<sup>3</sup> Highton-Alvarez-Gregorio: Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 81.

<sup>4</sup> Estados Unidos, Canadá y diversos países europeos.

**Reconociendo** que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicional e indígena en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona, Recalcando que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece en entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades,

Destacando que este enfoque permite a los afectados por el delito compartir francamente sus sentimientos y experiencias y tiene por objeto atender a sus necesidades,

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia,

Observando que la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y complementan esos sistemas, teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas, sociales y culturales,

Reconociendo que el uso de la justicia restaurativa no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes,

**Recomienda** que se establezcan los Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, anejos a la presente resolución, para orientar la elaboración y el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa de los Estados Miembros”.

Una vez reconocida y abierta la posibilidad de instaurar la justicia restaurativa comienzan a difundirse entre los prácticos y los teóricos las ideas fundamentales o notas características que la inspiran y que se concretan en:

- a) El delito pasa a ser considerado en primer lugar como una ofensa a las relaciones humanas y en segundo lugar una violación de la ley; es decir, es observado como la manifestación de un conflicto social; una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos; un proceso interaccional antagónico en el que suele predominar la vía agresiva para el logro de los objetivos.
- b) La justicia restaurativa reconoce que tras la comisión del delito existen nuevas oportunidades. Percibe la situación tras el delito como un periodo de aprendizaje. El diálogo se percibe como algo beneficioso para el infractor, siendo de esta forma más consciente del daño que ha provocado en la víctima que en el proceso penal tradicional.
- c) Se atienden las verdaderas necesidades creadas por el acto delictivo, tales como la seguridad, la reparación del daño, el restablecimiento de las relaciones o del daño físico. Se reconoce la existencia de otras víctimas además de la directamente afectada por el delito, como los miembros de la familia, amigos o personas del círculo de aquella.
- d) Predominan las ideas de proceso comunicacional, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores; permite la participación activa en el proceso, lo que no tiene cabida en el procedimiento penal tradicional. Así, los valores presentes en la justicia reparadora se concretan en: compensar, en lugar de castigar, reintegrar, en lugar de excluir, y mediar, en lugar de imponer.

Con todas estas ideas que subyacen en la justicia restaurativa y sin que exista una definición universalmente reconocida, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia

Penal de las Naciones Unidas no definió el propio término “justicia restaurativa” en ninguna de las dos resoluciones del Consejo Económico y Social (1996/26, 2000/14) pero sí se recogió en el informe que:

*“Por Programa de justicia restaurativa se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos. Por proceso restaurativo se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias”<sup>5</sup>.*

Estamos, pues, ante un tipo de justicia en que se enfatiza la importancia de incrementar el rol de las víctimas y de las comunidades en el proceso de recreación del sistema para que los victimarios se asuman como responsables de sus actos, ofreciéndoles al mismo tiempo la oportunidad de enmendar directamente su conducta ante las personas y la comunidad a quienes violentaron<sup>6</sup>. Lo que no debe confundirse en ningún caso, es el término con el de justicia reparadora, puesto que no es lo mismo<sup>7</sup>. Ésta se centra fundamentalmente en la recuperación y reintegración del delincuente, mientras que la restaurativa se dirige no sólo al infractor, sino a la víctima y a la colectividad.

Uno de los mayores defensores de la justicia restaurativa a nivel internacional es Tony Marshall, quien la define como “un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”<sup>8</sup>

Para Daniel Van Ness, otro de los máximos propagadores de esta corriente, la justicia restauradora implica procesos restauradores y acuerdos restauradores. Respecto del proceso se enfatiza la deliberación de todas las partes que tienen un interés en el conflicto ayudadas por un facilitador. Respecto de los acuerdos se entiende por tales la restitución,

---

<sup>5</sup> No se concluyó con una definición universal, aunque diversos países sí ofrecieron definiciones concretas sobre el referido término, alguna de ellas muy clara y acertada, como es el caso de Filipinas que propuso la siguiente definición: “La justicia restaurativa es una vía alternativa de justicia penal que no tiene carácter punitivo sino que procura más bien hacer justicia a delincuentes y víctimas por igual, en vez de inclinar la balanza marcadamente a favor de una de las partes en detrimento de la otra. Busca recomponer las relaciones sociales, que son el objetivo último de la justicia restaurativa, y pretende abordar tanto la acción delictiva como el sufrimiento que de ella se deriva, lo que es también el objetivo de la justicia correctiva”. El Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de Amigos, fundado en 1937, también dio una definición: “La justicia restaurativa pretende lograr un equilibrio entre los intereses de la víctima y la comunidad y la necesidad de reinsertar al delincuente en la sociedad. Procura ayudar a la recuperación de la víctima y posibilitar la participación fructífera en el proceso de justicia de todas las partes interesadas”.

<sup>6</sup> Highton-Alvárez-Gregorio: Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 83.

<sup>7</sup> Justicia restaurativa no es sinónimo de justicia reparadora. La diferencia queda muy claramente plasmada en Palma Chazarra: La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2007. La autora en la pág. 612 recoge textualmente: “Puede decirse que la justicia restaurativa tiene tres modelos derivados de sus orígenes: a) el religioso, cuyo objetivo es la búsqueda del perdón y de la reconciliación; b) el social, dirigido al restablecimiento de las relaciones y de la paz en la comunidad; c) el ubicado y utilizado por los sistemas de control social, desde su inicio y en su ejecución, por los órganos judiciales. (...) La justicia restaurativa es una concepción de la justicia manifiestamente distinta a la denominada “justicia reparadora” a pesar de que ambos términos son utilizados indistintamente”.

<sup>8</sup> Marshall Rosenberg: Crime and Justice, a review of research. University of Chicago Press, Chicago, 1999.

el trabajo en beneficio de la víctima, y también todos los que tengan como objetivo la reparación de la víctima y la reintegración del infractor<sup>9</sup>.

Como vemos, las principales definiciones de justicia restaurativa (probablemente por su origen) las proporcionan autores extranjeros, con especial relevancia los procedentes de los países del Common Law, aunque a nivel europeo y desde el año 2002 sí podemos contar con una definición, establecida en el artículo 2 de la Decisión de 8 de octubre de 2002 del Consejo de Europa que dice: “A los fines de la presente Decisión, la justicia reparadora será considerada como una visión general del proceso de la justicia penal en la cual las necesidades de la víctima se sitúan en primer lugar y se destaca de modo positivo la responsabilidad del infractor y abarca un cuerpo de ideas relativo a diversas formas de sancionar y de tratar los conflictos en las etapas sucesivas del proceso penal o en conexión con éste”.

Se trata de un tipo de justicia que, promueve la reparación del daño causado por el delito a través de diversas soluciones dialogadas entre la víctima y el infractor, desplegando una serie de ventajas para los mismos y para la sociedad, fomentando de este modo la pacificación social.

La justicia restaurativa supone un cambio de acento en la comprensión y aplicación de la justicia criminal convencional. Muy en síntesis, se caracteriza por otorgar mayor protagonismo a las partes en conflicto, la potenciación del diálogo como herramienta, la reparación del daño causado a la víctima, la responsabilización y tratamiento rehabilitador del infractor y la pretensión de involucrar a toda la comunidad en la prevención y tratamiento de los delitos. Subyacen las ideas de acudir a las raíces últimas de los problemas, propiciar respuestas no violentas que procuren la nivelación de eventuales asimetrías y la pacificación la vida social.

Dentro de la justicia restaurativa o restauradora pueden diferenciarse diversos mecanismos o formas de llevarse a cabo, entre las que destacan:

- a) Las conferencias de familia y conferencias restaurativas, en las que (además de víctima y victimario) también participan familiares o personas de apoyo de los infractores y de las víctimas y ocasionalmente también es invitada a participar la policía, los agentes de libertad vigilada o los trabajadores sociales. La experiencia más conocida es la de Nueva Zelanda.
- b) Los círculos o conferencias comunitarias, que junto con la víctima y el infractor también están abiertos a la intervención de cualquier persona representativa de la comunidad que tenga un interés en involucrarse en el asunto. Recurren a este método principalmente en Canadá.
- c) Las experiencias en el ámbito de justicia municipal, que se llevan a cabo por medio de las comisiones de vecinos, que se encargan de solucionar delitos menores generalmente sin víctima, pero que afectan a la calidad de vida comunitaria.
- d) Los paneles, que cuelgan las diversas soluciones que proponen la comunidad y los perjudicados. Esta práctica se lleva a cabo en Inglaterra.
- e) Las community board, que implican a la comunidad desde que comienzan los conflictos con el fin de resolverlos en una fase muy temprana, y en todo caso antes

---

<sup>9</sup> Van Ness: “Proposed basic principles on the use of Restorative Justice: recognising the Aims, and Limits of Restorative Justice” en VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K. y SCHIFF, M.: Restorative Justice and Criminal Justice. Hart Publishing, Oxford, 2003, pág. 166.

de que lleguen a desencadenar comportamientos violentos por algunos de sus miembros, que terminen en un proceso judicial. Destaca la experiencia llevada a cabo en San Francisco en la década de los años 70. En Francia a este tipo de experiencia se le conoce con el nombre de mediación social, mientras que en España recibe el nombre de mediación comunitaria.

- f) Los tratados de paz o círculos de sentencia, que constituyen un proceso diseñado para desarrollar consenso entre los diferentes miembros de una comunidad acerca de un plan de sentencia que contemple las inquietudes de todos los interesados.
- g) La mediación penal.

## **LA MEDIACIÓN PENAL COMO UNA DE LAS EXPRESIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Como ya se ha dicho, uno de los mecanismos de aplicación de la justicia restaurativa lo encontramos en el proceso denominado mediación penal. No existe una definición legal en los textos españoles, ni universal sobre el concepto de mediación penal, pero sí existen numerosísimas definiciones que lo describen. Y ya han sido reconocidas en textos legales que la conceptúan como un mecanismo de resolución de conflictos, e invitan a su aplicación.

Este es el caso de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal que en su Considerando Nº 5 dice: “Es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria” y ofrece una definición cuando dice: “A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por: ... “mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”.

Para a continuación, en su artículo 10 exponer lo siguiente: “1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre la víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. Y finalmente exigirá en el artículo 17 relativo a la aplicación de esta Decisión Marco que: “Los Estados Miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión Marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006.”

Invitan a su implementación, por ejemplo:

- a) Recomendación Nº R (99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la Mediación Penal, estableciendo las líneas maestras sobre mediación en materia penal que deben tener en cuenta todos los Estados miembros.
- b) La Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, sobre el desarrollo del estatuto de la víctima en el proceso penal, fomentando la implantación de procesos de mediación:
- c) La Decisión de 8 de octubre de 2002 y la Directiva europea de 22 de octubre de 2004 reconociendo la mediación como un medio complementario al sistema de justicia.



Existen junto a estas, varias recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de verdadero interés para esta materia y que merecen ser destacadas, como es:

- a) Recomendación N° R (85)11 de 28 de junio de 1985 relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso y del derecho penal, recomendando a los gobiernos revisar la legislación y las prácticas procesales, teniendo en cuenta que las decisiones de los órganos jurisdiccionales deben atender fundamentalmente a la reparación del daño sufrido por las víctimas y al esfuerzo realizado con seriedad por el autor del delito en esa reparación
- b) La Recomendación N° R(87)21 de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, fomentando la simplificación de la justicia penal, recomendando a los gobiernos aplicar los principios de descriminalización e intervención mínima, simplificación de asuntos menores, y evitación, siempre que así se pueda, de la intervención judicial en primer término, señalando la conveniencia de realizar experiencias locales y nacionales de mediación entre víctimas e infractores.

Como la mediación se ha estudiado y ejercitado antes de que el legislador la haya regulado, todas las definiciones que existen sobre ella parten, como dice Puy Muñoz, de la doctrina<sup>10</sup>.

Los autores son en muchos de los casos mediadores prácticos que plasmando sus experiencias y métodos se han convertido en maestros de esta materia. De las numerosas definiciones con que se ha descrito a la mediación penal cabe destacar las siguientes: Según Pérez Sanzberro “la mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas mismas. La mediación puede, por tanto, representar un instrumento que posibilite la conciliación sobre la base de la reparación del daño, aun cuando no necesariamente tenga que estar dirigida a ésta. El mediador no tiene la capacidad decisoria que tiene un árbitro o un juez”<sup>11</sup>.

Gordillo Santana considera que “podríamos entender por mediación un sistema de regulación de conflictos totalmente abierto a diferentes interpretaciones. Lo cierto es que existen múltiples escuelas y teorías sobre lo que se entiende por mediación y en consecuencia, diversas definiciones del concepto. Dar una definición puede ser positivo, pero también puede servir para dejar fuera a los que tienen una visión diferente. No obstante, a pesar de ello, en algo sí existe consenso respecto a cuáles son los elementos esenciales que lo integran: la existencia de un conflicto, de personas que son parte en el mismo y de una tercera persona que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto”<sup>12</sup>.

En la tesis defendida por San Martín Larrinoa se afirma que “la mediación consistiría en la búsqueda, con la intervención de un tercero, de una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción penal. En este ámbito, la mediación tiende, por lo general, a una conciliación extrajudicial ente el autor de la

---

<sup>10</sup> Puy Muñoz: “La expresión “Mediación Jurídica”. Un análisis tópico” en Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 24 y s.

<sup>11</sup> Pérez Sanzberro: Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?, Comares, Granada, 1999, págs. 21 y 22.

<sup>12</sup> Gordillo Santana: La justicia restaurativa y la mediación penal, Iustel, Madrid, 2007, págs. 181 y 182.

infracción y la víctima en el marco de un encuentro, a una despenalización y a lograr una reparación libremente consentida por ambas partes”<sup>13</sup>.

Para Palma Chazarra, que en su tesis doctoral hace un profundo estudio sobre el concepto de mediación, concluye que es “un sistema estructurado mediante un proceso de intervención técnico en un conflicto, entre al menos dos personas, por el que las mismas, a través de conversaciones dirigidas por un tercero equidistante, sin poder de decisión para imponer soluciones, acuerdan una opción pacífica y satisfactoria para ambas, con proyección hacia su futuro cumplimiento”<sup>14</sup>.

En el libro coordinado por Sáez Rodríguez sobre mediación penal, y en el que participan varios expertos como autores junto con ésta, se define la mediación penal como “el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos y habilidades específicas, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a dos o más personas implicados en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor (o en ambas posiciones en los supuestos de denuncias cruzadas), a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”<sup>15</sup>.

El punto de partida de la mediación penal supone el reconocimiento por las personas implicadas en un delito de la existencia de un conflicto, la consideración de las causas reales y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer sus intereses y necesidades. Es una apuesta por la vigencia del principio del derecho penal mínimo que coadyuva a la dimensión preventiva especial: la responsabilidad ética del infractor y su reinserción social con la adopción de medidas alternativas a la prisión.

Para articular éste diálogo se requiere la intervención de una tercera persona: el mediador. Esta figura (desde los principios de gratuidad, independencia, imparcialidad y respeto exquisito a la voluntad de las partes), tratará de restablecer o de iniciar, en su caso, los canales de comunicación entre las personas en conflicto, de modo que la víctima pueda conocer las causas de la actuación del infractor y éste, a su vez, tomar conciencia del sufrimiento que ha causado.

Se trata de un espacio en el que poder expresar el dolor sufrido para que sea “sonoro” y no “sordo”.

No son pocas las ocasiones en que la víctima se siente engañada respecto de los hechos, y los sentimientos más vengativos surgen del desconocimiento de lo realmente ocurrido. El proceso penal no lo favorece porque se incardina hacia la búsqueda de la verdad formal a través de las pruebas más que hacia el conocimiento de lo realmente ocurrido; y obviamente no es lo mismo que la verdad se conforme por el juez que se elabore y construya por la víctima a partir del reconocimiento de los hechos por el infractor.

---

<sup>13</sup> San Martín Larrinoa: La mediación como respuesta a algunos problemas jurídicos criminológicos (del presente francés al futuro español). Departamento de justicia, economía, trabajo y seguridad social del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1997, págs. 31 y 32.

<sup>14</sup> Palma Chazarra: La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal, Tesis doctoral dirigida por el Dr. Don Borja Mappeli Caffarena. Universidad de Sevilla, 2007, pág. 40.

<sup>15</sup> Sáez Rodríguez (Coord) y VVAA: La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación. Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 314.

La verdad, por muy dolorosa que sea transforma la percepción del conflicto; permite salir a la víctima de su posición para ponerse, siquiera mínimamente, desde un punto de vista emocional, en el lugar del otro. La verdad no busca la venganza ni, mucho menos, exalta la crueldad. Por el contrario, con la honestidad y la verdad se evita la deshumanización. En definitiva, la mediación posibilita el derecho a la verdad; posibilita el tránsito del odio a la comprensión. De esta manera se facilita a la víctima la respuesta a sus “porqués” y le ayuda a superar con mayor facilidad la situación traumática sufrida por la agresión.

Por otro lado, la mediación permite a la persona infractora responsabilizarse de sus propios actos y hacerse cargo del dolor causado a la persona de la víctima y a su vez evita las justificaciones en las que difuminar los perjuicios ocasionados. Se suele pensar que la persona infractora no siente, no padece, no sufre, que carece del sentimiento de culpa.

Puede que así sea en ciertas ocasiones, pero no siempre. No son pocas las personas que, incluso cumpliendo condena, se encuentran emocional y moralmente con la culpa. El sistema penitenciario no facilita la petición de perdón y no ofrece cauces para la elaboración personal de la propia vida, de la responsabilidad por los propios actos, de la empatía respecto a la víctima.

Estas dificultades ocasionan a la propia persona una serie de sentimientos que en determinados casos extremos les llevan a quitarse la vida, otros sobreviven con la culpa como pueden y, otros, la mayoría, la esconden en la violencia para poder sobrevivir. Lo que parece claro es que cuanto más instalado estén la víctima, la opinión pública y el sistema penal en el dolor y la venganza, más dificultades existirán para que el infractor dé pasos hacia la petición de perdón, la responsabilización por el sufrimiento causado y la reparación del daño, y también se compromete en buena medida su pronóstico de rehabilitación en el futuro.

En suma, la mediación penal posibilita la creación de escenarios públicos y privados que permiten un cambio moral hacia el respeto mutuo y la minimización del sufrimiento humano.

## **MARCO NORMATIVO DEL MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA**

Además de la **reforma del Código Penal, con la LO 1/2015**, en su **artículo 84.1**, que plantea que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación, aquí nos detenemos en la Directiva 2012/12/UE y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

### **La Directiva 2012/12/UE**

Tras la limitada referencia que hizo el artículo 10 de la Decisión Marco 2001/220/ JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 a la mediación penal, es el artículo 2 d) de la Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2011/220/JI el que define la justicia restaurativa como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la

solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial. Desarrollando esta previsión, el artículo 12.1 del mismo texto legal estipula que los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora.

Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

A) Que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima, en cual podrá retirarse en cualquier momento.

B) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo.

C) El infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso.

D) Todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal.

E) Los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior. Como se colige de esta regulación, la Directiva se adscribe al denominado modelo habilitante (Subijana, 2014) en la medida que ni circunscribe la derivación a las técnicas restaurativas a determinados injustos penales (modelo directivo) ni, tampoco, introduce una prohibición apriorística de derivación para determinadas tipologías delictivas (modelo prohibitivo).

Lo máximo que estipula en su artículo 12.2 es que los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

En este sentido, el considerando 46 de la Directiva perfila los criterios a tener en cuenta para la derivación judicial en aras a garantizar la autonomía volitiva de la víctima y evitar una nueva victimización (primaria o secundaria). A saber: naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima.

#### **Ley 4/2015, de 27 de abril**

Implementado las previsiones contenidas en la Directiva, el artículo 15.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD) establece que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación

material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

A) El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad.

B) La víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer su cumplimiento.

C) El infractor haya prestado su consentimiento.

D) El procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima.

E) No esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

El artículo 15.2 disciplina que los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

Finalmente, el artículo 15.3 explicita que la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.