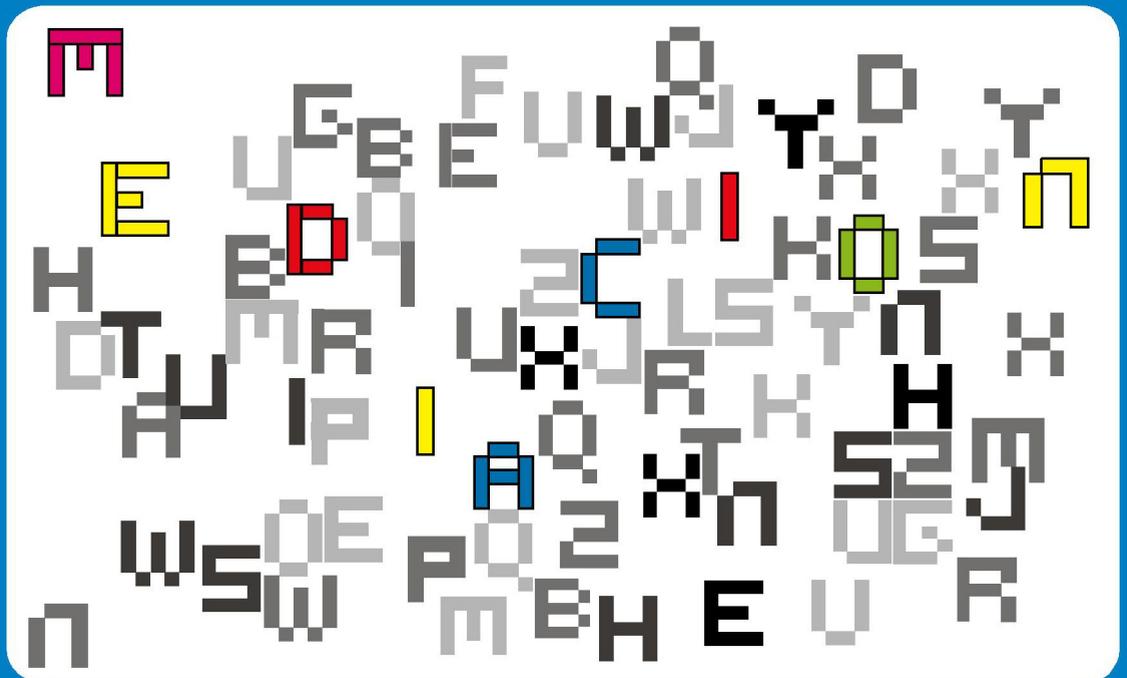


JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA: UN RENOVADO IMPULSO

Coordinadoras

Margarita Martínez Escamilla
María Pilar Sánchez Álvarez



INSTITUTO COMPLUTENSE DE MEDIACIÓN Y GESTIÓN DE CONFLICTOS

COLECCIÓN DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

TÍTULOS PUBLICADOS

Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia, *Leticia García Villaluenga* (2006).

Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas, *Ignacio Bolaños Cartujo* (2008).

Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica, *Marta Blanco Carrasco* (2009).

Introducción a la gestión no adversarial de conflictos, *María Cristina Cavalli* y *Liliana Graciela Quinteros Avellaneda* (2010).

Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, *Leticia García Villaluenga, Jorge Tomillo Urbina, Eduardo Vázquez de Castro* (Codirectores) (2010).

Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido, *Gloria Novel Martí* (2010).

Estrategias de mediación en asuntos familiares, *Aleix Ripol-Millet* (2011).

Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, *Margarita Martínez Escamilla* y *María Pilar Sánchez Álvarez* (Coords.) (2011).

COLECCIÓN DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Directora: LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid
Mediadora

Directora del Especialista en Mediación y del Instituto Complutense de Mediación
y Gestión de Conflictos de la Universidad Complutense de Madrid

JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA: UN RENOVADO IMPULSO

Coordinadoras

Margarita Martínez Escamilla

María Pilar Sánchez Álvarez



Madrid, 2011

© Margarita Martínez Escamilla y otros autores
© Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A., 2011
ISBN: 978-84-290-1681-9
Depósito Legal: Z. 4171-11
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PRESENTACIÓN

Este libro ha sido elaborado en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «Justicia Restaurativa, mediación y sistema penal» (DER 2008 01764). Agradecemos la posibilidad que con ello se nos brindó de seguir indagando sobre las posibilidades de llevar al sistema penal instrumentos restaurativos que estimulen la resolución dialogada de las consecuencias generadas por el delito y de los conflictos que se hallan en su génesis, prestando especial atención —pero no exclusivamente a la mediación reparadora, uno de los instrumentos más experimentados de la justicia restaurativa. Estas líneas pretenden dar cuenta del contenido del libro, a través de una breve introducción y presentación de las aportaciones que lo integran.

La mediación penal no es algo nuevo, sino que hace tiempo que se convirtió, también en nuestro país, en un tema imprescindible de la justicia penal, habiendo dado lugar a una notable —tanto por cantidad como por interés— producción bibliográfica. Pero no se trata sólo de un objeto de reflexión teórica, sino que, a pesar del silencio legal, se han ido introduciendo en la jurisdicción penal de adultos programas que posibilitan, en el marco del proceso, que víctima y autor, a través del diálogo, puedan llegar a un acuerdo sobre cómo reparar los daños causados por el delito y que dicho acuerdo pueda ser tenido en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal. Sobre las notas definitorias de este instrumento versa el artículo que abre este libro, titulado «**La mediación penal en España: estado de la cuestión**», escrito por quien suscribe estas líneas y dirigido principalmente a quienes escojan esta obra colectiva como una de sus primeras lecturas sobre el tema, para que puedan hacerse una idea de los principios que la inspiran, de sus mecanismos de aplicación, de los avances logrados y de los aspectos que siguen siendo objeto de discusión.

A pesar del grado de elaboración teórica alcanzado y de los buenos resultados prácticos obtenidos, se sigue percibiendo una cierta desconfianza hacia esta figura y un rechazo, a veces prejuicioso, a que los principios que la inspiran —diálogo, acuerdo de las partes, reparación...— puedan desempeñar un papel en el sistema penal. De ahí la necesidad detectada de seguir trabajando en la elaboración teórica que explique cómo la mediación, lejos de ser contraria a los fines preventivos del Derecho penal, incrementa las posibilidades de su consecución, introduciendo perspectivas y valores que no sólo son compatibles con los principios básicos sustantivos y procesales en que el sistema se sustenta, sino que permiten avanzar en la superación de muchas de las deficiencias detectadas en ejercicio del *ius puniendi*.

A la clarificación teórica están dirigidas varias de las aportaciones de este libro. Así, en el artículo «**Justicia restaurativa y fines del Derecho penal**», su autor, Xabier Etxebarria Zarrabeitia, tras señalar algunas de las ideas claves que definen la justicia restaurativa y perfilar los contornos de la mediación penal, justifica cómo la mediación vincula satisfactoriamente los efectos preventivo-especiales y preventivo generales con la satisfacción de los intereses de la víctima. Y ello no sólo porque, como aclara el autor, la mediación penal no supone la descriminalización, sino por su potencial como instrumento tanto de prevención especial positiva, en cuanto acerca al autor a la víctima y le permite tomar conciencia de las consecuencias que tienen sus actos, como de prevención general positiva pues qué mejor confirmación de la vigencia de la norma que el reconocimiento y reparación voluntarios del daño causado. Las dudas sobre la mediación como herramienta del Derecho penal más que a su incapacidad para coadyuvar a los fines preventivos, pudieran deberse a lo interiorizado que tenemos el paradigma retributivo, anclado en la idea de castigo, de infligir dolor como principal forma de gestionar el delito. Xabier Etxebarria es abogado y profesor de Derecho penal de la Universidad de Deusto, habiendo impulsado programas de mediación penal mientras fue Director de ejecución penal en el Gobierno vasco.

La compatibilidad entre la mediación y los fines del Derecho penal es también objeto de reflexión en el artículo «**La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación**», de Rafael Alcácer Guirao, profesor de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos y Letrado al servicio del Tribunal Constitucional. Como es sabido, a pesar de la ausencia de regulación, la mediación se ha ido introduciendo en la justicia penal de adultos aprovechando diferentes cauces y figuras sustantivas y procesales, entre las que destaca de forma señalada la

atenuante de reparación del daño (art. 21.9 CP), a través de la cual —bien como atenuante simple, bien como muy cualificada— puede concederse relevancia penológica al acuerdo adoptado por las partes a través de la mediación. El autor explora el encaje de ambas figuras —mediación y atenuante de reparación partiendo de ideas ampliamente aceptadas como que el núcleo de interés del Derecho penal lo constituye la lesividad social, las potenciales víctimas, por lo que para que la reparación —elemento esencial de la mediación —posea relevancia penológica debe coadyuvar a la satisfacción de fines específicamente penales de prevención general. Desde esta perspectiva, la reparación a la víctima deberá poder ser interpretada como una reafirmación de la vigencia de la norma defraudada, sin que baste una reparación de perfiles netamente *iusprivativistas* que la reduzcan a parámetros materiales y económicos, pudiendo otorgarse efectos atenuantes a reparaciones de naturaleza simbólica y pudiendo ser objeto de resarcimiento delitos que carecen de un resultado material lesivo. Desde esta interpretación, avalada por la jurisprudencia penal, tienen plena cabida en la atenuante quinta del art. 21 CP los acuerdos adoptados en un proceso de mediación, incluso el serio esfuerzo del autor que por razones ajenas a su voluntad no ha podido cristalizar en un acuerdo. La utilización de la atenuante de reparación del daño para otorgar relevancia a los procesos de mediación, lejos de tensionar el principio de legalidad, sería plenamente compatible no sólo con el tenor literal, sino con el espíritu y finalidad que inspiran esta circunstancia.

Pero las resistencias a la asunción de la mediación intraprocesal provienen no sólo de las dudas infundadas sobre si este instrumento pudiera satisfacer los fines del Derecho penal, sino también de la estructura bipolar —Estado *versus* ciudadano sometido a procedimiento— sobre la que se ha construido el sistema penal moderno, pues, si lo que se pretendía era la institucionalización de la respuesta al delito a través de la subrogación del Estado en la defensa de los intereses de la víctima, podría parecer de difícil encaje en este modelo una relación directa e independiente entre víctima y victimario. Sin embargo, conviene aclarar que el modelo de mediación que más desarrollo teórico y práctico ha alcanzado en nuestro país, no puede considerarse una «privatización del conflicto», en el sentido de considerar el delito como un «asunto privado». No se concibe como una respuesta alternativa al proceso penal, sino como una herramienta más de la justicia penal para una adecuada respuesta al delito; como una pieza que se inserta en el proceso bajo el control del juez y del fiscal. No se trata de sustituir una concepción bilateral del problema delictivo, donde sólo tienen cabida delincuente y Estado, por otra bilateralidad que

reduzca el asunto a una cuestión entre autor y víctima. Por mucho que la víctima pueda simbolizar a la sociedad, el hecho que realmente merece el calificativo de delictivo tiene una dimensión social, cuyo tratamiento no puede quedar absolutamente en manos de las partes. Al tiempo, en muchos casos dicho conflicto posee una dimensión intersubjetiva que reclama un espacio para su abordaje. Ambas dimensiones no son incompatibles, ni las dificultades apuntadas irresolubles.

Estas complejas cuestiones relacionadas con la concepción teórica y los fundamentos legitimadores del modelo actual de sistema penal son abordadas por José Miguel Sánchez Tomás, profesor de Derecho penal de la Universidad Rey Juan Carlos y actualmente letrado al servicio del Tribunal Constitucional en su artículo **«El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea»**. Además, el autor, enmarcando la mediación en el contexto de reivindicación de un mayor protagonismo de la víctima en el sistema penal, nos ofrece un recorrido por la actividad normativa y las políticas de acción de la Unión que han ido recogiendo diversos derechos de la víctima hasta cristalizar en la Decisión Marco 2001/220, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, acometiendo una clarificadora labor de sistematización y análisis de su contenido: las luces y sombras del concepto de víctima manejado y los derechos que consagra, entre los que destacan aquellos destinados a reconocer la posibilidad de su participación activa en el procedimiento con el fin de superar los efectos de la victimización secundaria. Entre las ideas rectoras destinadas a hacer efectiva esta participación, el Estatuto consagra —a pesar de las dificultades arriba señaladas—, la implicación de la víctima en la resolución del conflicto a través de la mediación. No está de más recordar que según su artículo 10, «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. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales», estableciendo que «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» (art. 17).

Cinco años después de haber expirado dicho plazo, el Estado español sigue sin cumplir este mandato. Sin embargo, como ya apuntaba, a pesar de este incumplimiento y de la falta de normas reguladoras siquiera de los aspectos básicos de esta herramienta en el sistema penal de adultos, la mediación penal se ha convertido en nuestro país en una práctica cada vez más extendida, siendo más de ciento cincuenta los órganos de la jurisdicción

penal que han introducido programas de mediación intraprocesal, gracias a la promoción del Consejo General del Poder Judicial y contando estos programas con un apoyo institucional muy desigual de las administraciones autonómicas. En su artículo **«La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid»**, Esther Pascual Rodríguez hace balance de la experiencia práctica desarrollada en diferentes órganos judiciales de esta Comunidad durante cinco años por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos. En él se aportan interesantes datos sobre diferentes aspectos de la mediación: el tipo de infracciones derivadas, porcentajes de éxito, razones del no inicio o no conclusión, contenido de los acuerdos, percepciones de las víctimas e infractores e intereses que les mueven a participar en la mediación, repercusión legal de los acuerdos, etc., ofreciéndonos la autora un análisis y unas conclusiones basadas en dichos datos, pero también en la observación directa a través de su participación como mediadora en la analizada experiencia. Sin duda un artículo que nos permite un acercamiento a la práctica de la mediación penal en nuestro país.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal de adultos, la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores sí contiene previsiones expresas, consagrando la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente y el proceso termine con el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, o bien que el juez deje sin efecto la medida impuesta en los casos de conciliación o reparación [« ... se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva...» (art. 19.2)], resultados posibilitados a través de la mediación. De forma generalizada se considera éste un instrumento especialmente útil como elemento de responsabilización del menor, si bien su práctica ha de conjurar el riesgo de considerar a la víctima como un simple recurso educativo, articulándose un proceso equilibrado que, tal y como declara su Exposición de Motivos, compatibilice el interés superior del menor con el interés del perjudicado. En el artículo **«La mediación en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y su Reglamento»**, Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares, profesor titular de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid analiza diversos aspectos de la regulación y la práctica de la mediación en este ámbito.

Pero junto a la conveniencia —a la que responden varias de las aportaciones de este libro— de afianzar el trayecto teórico y práctico reco-

rrido y hacer balance de los resultados obtenidos en los últimos años en materia de mediación, surge simultáneamente la necesidad de explorar nuevos caminos, de indagar la viabilidad de principios restaurativos en ámbitos en los que se muestra una especial reticencia a su admisión. En esta línea, «**Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa y delitos graves**» es el fruto inicial de un nuevo proyecto, coordinado por Julián Ríos Martín, profesor de Derecho penal de la Universidad Pontificia de Comillas, quien, a partir de entender la investigación como instrumento para la transformación social, lleva años interviniendo en el sistema penal y penitenciario con la finalidad de reducir la violencia y el sufrimiento innecesarios que lo habitan. Son cometidos que sólo pueden emprenderse en grupo y en esta ocasión se ha reunido un equipo de profesionales (juristas, mediadores, profesionales de la salud física y mental) realmente de lujo. El espacio de este prólogo no permite presentar uno a uno a sus integrantes, personas queridas y admirados profesionales, que desde sus muy diversos saberes enfrentan un nuevo reto: llevar los principios de la justicia restaurativa a los delitos más graves, a aquellos que generan un daño inconmensurable, casi siempre irreparable, sin eludir, sino abordando directamente los delitos de terrorismo.

Los autores son muy conscientes —y por ende cautelosos— de las grandes dificultades que entraña este cometido —la profundidad de las heridas, la sobrecarga emocional, la fuerte ideologización, la incompreensión hacia quienes puedan participar en estas experiencias, etc.—. De ahí que diseñen un modelo de intervención totalmente independiente y al margen del tratamiento político o judicial de estas realidades. No es que en estos ámbitos no pueda trabajarse desde parámetros restaurativos, pero el modelo propuesto se centra en la dimensión humana del conflicto, dimensión que por encima de cualquier otra consideración guiará la respuesta a los múltiples interrogantes que surgen en la concreción del modelo, cuyo objetivo no es sino ofrecer a quienes han padecido y padecen las secuelas de tan graves crímenes instrumentos para elaborar el duelo. Nada más, ni nada menos.

En las ideas claves que inspiran y estructuran el modelo propuesto, ahonda el artículo «**Notas sobre justicia restaurativa y delitos graves. Dialogando con «las reflexiones» y su viabilidad**», de Ramón Sáez Valcárcel, en la actualidad Magistrado en la Audiencia Nacional y durante muchos años titular del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, pionero en la implantación de procesos de mediación en la justicia penal de adultos. La asimetría moral entre víctima y victimario, el rencor y la búsqueda de venganza que cronifican el dolor, frente a lo sanador del perdón, tanto para

quien lo solicita como para quien lo concede, el diálogo como proceso de humanización del contrario, el papel de la verdad en la justicia restaurativa, la memoria frente al olvido..., son algunas de las cuestiones que aborda este autor, consciente de su complejidad ética y sin temor a conocidos prejuicios. Y lo hace acudiendo a episodios de nuestra historia reciente, a testimonios reales, a ficciones literarias y cinematográficas que, además de incitar a la reflexión, convierten su lectura en un disfrute.

Pero si los delitos graves suelen provocar reticencias sobre la viabilidad de instrumentos restaurativos, hay otro ámbito en el que no sólo encontramos reticencias, sino incluso prohibiciones expresas, como es el caso de la violencia de género en los términos establecidos en el art. 44.5 de la Ley 1/2004 de Protección integral contra la Violencia de Género. Sin embargo, expertos en mediación y concededores de la violencia de género, como es el caso de Concepción Sáez Rodríguez, Secretaria Judicial, abogan por el levantamiento de esta prohibición y de otros obstáculos que dificultan sobremanera, si no impiden, la utilización de este instrumento, especialmente útil en casos de violencia de género leve y ocasional, partiendo siempre, lógicamente, de la voluntariedad de las partes y de la constatación de que no existen relaciones de dominación o sumisión. En su trabajo **«La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal»**, Concepción Sáez nos ofrece una rigurosa exposición y análisis del tratamiento legislativo y jurisprudencia) de estos delitos, cuya regulación parte de la errónea concepción de que cualquier expresión leve y ocasional de violencia ejercida sobre una mujer por su pareja, esposo o ex-esposo es violencia machista y un primer estadio en una escalada de gravedad y que trata a la mujer indefectiblemente como un ser alienado y vulnerable cuya voluntad se ningunea —vid. la crítica que realiza la autora a la corriente jurisprudencia) que limita el uso de la dispensa del art. 416 LECrim en estos casos—. Una regulación que pretende ejemplarizar a través del rigor punitivo y la reducción de las posibilidades de adecuar la respuesta penal al caso concreto —vid. el análisis del automatismo de la pena de alejamiento y de sus perniciosos efectos—. En resumen, una «huida hacia adelante» que parece no tener fin, alertándonos la autora sobre propuestas de reforma que no pueden generar sino desconcierto y preocupación, como la eliminación indiscriminada de las atenuantes de confesión y reparación del daño en estos delitos, siendo el reconocimiento de los hechos y la reparación del daño causados elementos esenciales de los procedimientos de mediación, por los que decididamente se apuesta.

«Mediación penitenciaria: pasado, presente y futuro», es un artículo escrito mano a mano por Francisca Lozano Espina y Luz Lozano

Pérez con el fin hacer balance y compartir una experiencia que ellas mismas califican de «absolutamente enriquecedora». Se trata de un programa puesto en práctica por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos desde el 2004 en el Centro penitenciario de Madrid III y consistente en llevar la mediación a uno de los espacios más duros y por ende más necesitados de diálogo y de alternativas no violentas para resolver las disputas: las prisiones; espacios de convivencia obligada, de roces continuos, de gran tensión emocional y de códigos que priman la dureza frente a la empatía y la expresión de sentimientos.

Sus autoras, psicólogas miembros del equipo de mediación, nos narran los inicios, los objetivos, los protocolos e instrumentos desarrollados, las dificultades surgidas, las reticencias a la hora de asociar consecuencias jurídicas que valoren positivamente el esfuerzo realizado para llegar a un acuerdo y con ello lo estimulen. También nos hablan del reconocimiento agradecido de quienes han podido hacer uso de este servicio, de la fuerza expansiva del proyecto, habiendo participado en mediaciones un total de 2.234 internos durante los años 2008 a 2010, del interés creciente de Instituciones Penitenciarias, que reconocen expresamente que «estos programas y los de Justicia Restaurativa introducen un elemento alternativo generador de aprendizajes positivos de primer orden, que habrá que revertir necesariamente en la pacificación de la convivencia y en la asunción de patrones de comportamiento no violentos» (Instrucción 9/2009 de la SGIP). Lejos del cansancio comprensible de quienes largamente y de una forma totalmente altruista han batallado en la dura arena penitenciaria, las autoras manifiestan su voluntad de seguir trabajando y retan a la Administración a apostar de verdad por llevar a las prisiones instrumentos de resolución pacífica de conflictos.

Justo es reconocer el papel desempeñado por el tejido social en el empuje de estos instrumentos. Precisamente una de las notas que se repite como seña de identidad de la justicia restaurativa es la importancia atribuida a la comunidad en el abordaje del delito, lo que se explica si tenemos en cuenta que la justicia restaurativa es un movimiento que no nace en los juzgados ni en las universidades, sino que surge en los barrios como respuesta a la necesidad de intervenir de forma más constructiva e integral en las duras realidades que conoce el Derecho penal, pero que no pueden ser gestionadas con éxito desde parámetros exclusivamente represivos. El artículo «**¿Es posible la mediación con drogodependientes?**» es un claro ejemplo de ello. En él se reflexiona acerca de las posibilidades de mediación con personas cuya drogodependencia ha sido determinante de la comisión delictiva. Su autora, Pilar Sánchez Álvarez, es coordinadora

del equipo de mediación de la Asociación Apoyo, asociación pionera que desde principios de los ochenta viene desarrollando programas de mediación e intervención social y lo hace en concepto de comunidad que se siente hondamente concernida por los problemas de exclusión y actúa sin esperar a que nadie le allane el camino.

A los estragos causados por el delito se suman daños directos y colaterales del actual sistema penal y penitenciario. El aceptar que en muchos casos la pena es una «amarga necesidad» no puede traducirse en resignación con el dolor frecuentemente innecesario y excesivo. Sabemos que ni todas las víctimas son iguales, ni todos los infractores, ni, por supuesto, son iguales todos los delitos y que no en todos los casos será posible la aplicación de instrumentos restaurativos. Pero mientras el delito sea un problema que concierna a seres humanos no puede negarse a priori un espacio para la reparación, para la integración, para conocer, para el diálogo... Su articulación no es fácil, pero frente a la irracionalidad del discurso punitivo, frente a la huida hacia el Derecho penal, queremos transitar caminos más esperanzadores y constructivos. En este libro lo hacemos recapitulando lo avanzado, afianzando posiciones y explorando nuevos confines.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA
Catedrática de Derecho Penal. U.C.M.

LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA
Catedrática de Derecho penal
(Universidad Complutense de Madrid)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA DENOMINADA MEDIACIÓN «INTRA-PROCESAL». PRIMERA APROXIMACIÓN.— III. ACERCA DE LA ESENCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: 1. El *empoderamiento* de las partes sobre la respuesta al delito: límites y contenido.— 2. La participación comunitaria.— IV. INSTRUMENTOS PENALES, SUSTANTIVOS Y PROCESALES, PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL. ALGUNOS INTERROGANTES: 1. ¿Principio de legalidad *versus* principio de oportunidad? —2. Mediación, reconocimiento de hechos y presunción de inocencia.— 3. Hechos derivables a mediación.— V. LA MEDIACIÓN COMO ESPACIO DE DIÁLOGO CONDUCTO POR UN MEDIADOR.— VI. IMPLANTACIÓN E INCUMPLIMIENTOS.

I. INTRODUCCIÓN

En relativamente poco tiempo la mediación penal ha pasado en nuestro país de ser un instrumento casi desconocido a un tema imprescindible de la justicia penal, habiendo dado lugar en los últimos años a una producción bibliográfica de gran interés y casi inabarcable, que aborda las razones y los procedimientos, y reflexiona sobre las muchas cuestiones que plantea esta figura. Pero en estos años la mediación penal no sólo se ha convertido en un tema de debate, sino fundamentalmente en una realidad de nuestro sistema, en un instrumento que está siendo puesto en práctica por numerosos órganos judiciales, si no de forma generalizada

a causa de la anomia legal, sí de una manera persistente y que desde hace tiempo viene ganando aceptación entre los profesionales de la justicia penal. En este contexto, el presente artículo pretende ofrecer una panorámica general de la mediación penal en nuestro país, dar cuenta del gran desarrollo que su formulación teórica y aplicación práctica han alcanzado, de tal manera que el lector que escoja esta obra colectiva como una de sus primeras lecturas sobre mediación, pueda hacerse una idea del estado de la cuestión, sin que esta vocación descriptiva suponga renunciar al planteamiento y al debate de aspectos que siguen siendo objeto de discusión.

II. LA MEDIACIÓN «INTRAPROCESAL». PRIMERA APROXIMACIÓN

A pesar de la gran difusión alcanzada por la mediación penal, no está de más comenzar aclarando a qué voy a referirme en este trabajo con la expresión mediación penal, pues muchas veces la falta de entendimiento sobre esta figura se debe a que los interlocutores no tienen en mente el mismo objeto de discusión.

Utilizaré la expresión mediación penal para referirme al **encuentro entre víctima y autor del delito¹, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto**. Dicho encuentro² es conducido por una persona imparcial: **el mediador**. Concretando más el modelo, ese encuentro se insertaría en alguna de las fases del proceso penal —bien sea en fase de instrucción, de enjuiciamiento o ya en fase de ejecución de la sentencia condenatoria—, pudiendo ser tenido en cuenta el acuerdo entre las partes en la determinación de la responsabilidad penal.

Podríamos hablar de «modelo conciliador», partiendo de que conciliar tan sólo significa poner de acuerdo o en paz a los que estaban en desacuerdo o en lucha³. También se utiliza el término «compensación

¹ Hablaré de «autor» a pesar de que la mediación puede celebrarse antes de que recaiga sentencia y, por tanto, antes de quedar destruida la presunción de inocencia.

² Podemos seguir hablando de mediación aun cuando, por diversas razones, no es posible o recomendable un encuentro personal entre víctima y autor. En estos casos, el mediador suma a sus competencias la de servir de canal de transmisión entre las partes, hablándose de «mediación indirecta».

³ Según definición propuesta por MARÍA MOLINER, en *Diccionario de uso del español*, Ed. Gredos, Madrid, 1988.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN , por MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA.....	5
LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN , por MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA	15
I. INTRODUCCIÓN	15
II. LA DENOMINADA MEDIACIÓN «INTRAPROCESAL». PRIMERA APROXIMACIÓN.....	16
III. ACERCA DE LA ESENCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	20
1. El <i>empoderamiento</i> de las partes sobre la respuesta al delito: límites y contenido.....	21
2. La participación comunitaria	25
IV. INSTRUMENTOS PENALES, SUSTANTIVOS Y PROCESALES, PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL. ALGUNOS INTERROGANTES.....	28
1. ¿Principio de legalidad <i>versus</i> principio de oportunidad?	29
2. Mediación, reconocimiento de hechos y presunción de inocencia..	32
3. Hechos derivables a mediación	35
V. LA MEDIACIÓN COMO ESPACIO DE DIÁLOGO CONDUCTO POR UN MEDIADOR.....	39
VI. IMPLANTACIÓN E INCUMPLIMIENTOS	43
JUSTICIA RESTAURATIVA Y FINES DEL DERECHO PENAL , por XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA	47
I. INTRODUCCIÓN	47
II. JUSTICIA RESTAURATIVA	49
III. FINES DEL DERECHO PENAL	56
IV. CONCLUSIÓN.....	62
V BIBLIOGRAFÍA	66

EL RENACER DE LA VÍCTIMA Y EL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS EN LA UNIÓN EUROPEA, por JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS.....	69
I. INTRODUCCIÓN	69
II. EL RENACER DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL	71
1. Las razones del renacimiento	71
2. La participación de la víctima en el sistema de justicia penal.....	75
III. LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA DEL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA	80
IV. LA DECISIÓN MARCO 2001/220, DE 15 DE MARZO, RELATIVA AL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.....	85
V. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE «VÍCTIMA».....	87
1. Las sombras del concepto.....	87
2. Las luces del concepto.....	93
VI. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	94
1. El derecho al respeto debido.....	96
2. El derecho a la participación activa.....	98
3. El derecho a la indemnización.....	102
VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA	103
LA MEDIACIÓN PENAL Y LA ATENUANTE DE REPARACIÓN. SIMILITUDES Y CRITERIOS DE APLICACIÓN, por RAFAEL ALCÁCER GUIRAO	109
I. INTRODUCCIÓN	109
II. SIMILITUDES ENTRE LA MEDIACIÓN Y LA ATENUANTE DE REPARACIÓN.....	111
III. DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y LA ATENUANTE DE REPARACIÓN	117
IV. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN EN RELACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN.....	119
V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	125
REFLEXIONES SOBRE LA VIABILIDAD DE INSTRUMENTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN DELITOS GRAVES, por JULIÁN RÍOS MARTÍN, JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, y OTROS AUTORES	127
I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS	129
II. MÉTODO DE ELABORACIÓN	130
III. CONTENIDO DE LOS CONCEPTOS UTILIZADOS A FIN DE EVITAR INTERPRETACIONES ERRÓNEAS.....	132
IV. VIABILIDAD DE LOS MÉTODOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN DELITOS EXTREMADAMENTE GRAVES Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS FINES DEL DERECHO PENAL.....	135

V. FUNDAMENTO METODOLÓGICO DE LOS ITINERARIOS, DIÁLOGOS Y ENCUENTROS RESTAURATIVOS	141
1. La necesidad de la integración personal.....	142
2. Tránsito de la categoría de enemigos hacia el reconocimiento mutuo como seres humanos a través de la palabra	142
3. Paso del reconocimiento mutuo como personas a la restauración de la paz a través de un proceso que puede culminar con el perdón y la reconciliación.....	145
VI. REQUISITOS PARA EL INICIO Y DESARROLLO DE LOS MÉTODOS DE PACIFICACIÓN QUE APORTAN LOS DIÁLOGOS Y ENCUENTROS RESTAURATIVOS	149
VII. MOTIVACIONES DE LA VÍCTIMA Y DEL AGRESOR PARA INICIAR UN PROCESO RESTAURATIVO	155
VIII. MECANISMOS DE REPARACIÓN POR PARTE DE LAS PERSONAS IMPLICADAS	156
IX. RIESGOS POSIBLES DE LOS PROCESOS RESTAURATIVOS	158
X. CONTEXTO Y LÍMITES DEL ENCUENTRO DIRECTO O INDIRECTO, EN UN ESPACIO DE SEGURIDAD EMOCIONAL Y FÍSICA ENTRE EL AGRESOR Y EL AGREDIDO Y SUS FAMILIARES.....	165
XI. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE REUNIR LA PERSONA FACILITADORA DEL ENCUENTRO PARA PROPICIARLO CORRECTAMENTE. APOYOS NECESARIOS.....	167
XII. BIBLIOGRAFÍA	169
XIII. ANEXO	171
NOTAS SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA Y DELITOS GRAVES. DIALOGANDO SOBRE «LAS REFLEXIONES» Y SU VIABILIDAD, por RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL.....	173
I. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR DELITOS GRAVES?.....	174
II. CONDICIONAMIENTOS PREVIOS. JUSTICIA Y TRATAMIENTO ASIMÉTRICO	176
III. EL LUGAR DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	181
IV. LA CONFRONTACIÓN DE LA VÍCTIMA CON EL VICTIMARIO	183
V. EL DIÁLOGO PALANCA PARA EL CAMBIO	187
VI. SUPERAR EL RENCOR.....	190
VII. EL ESCENARIO DEL PERDÓN	194
VIII. LA VERDAD Y LA JUSTICIA RESTAURADORA	201
IX. EL PERDÓN, LA MEMORIA Y EL OLVIDO.....	205
X. LOS ENCUENTROS RESTAURATIVOS Y LA RECONCILIACIÓN	207

LA ESTRATEGIA PENAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN SU COMPLICADO ENCAJE CON LA MEDIACIÓN PENAL,	
por CONCEPCIÓN SÁEZ RODRÍGUEZ.....	211
I. INTRODUCCIÓN	212
II. ALGUNOS DATOS; ALGUNOS HECHOS	214
III. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	224
1. Evolución legislativa.....	224
2. La Ley Orgánica 1/2004	228
2.1. El art. 1.1. LO 1/2004 y la STC 59/2008.....	229
3. El art. 416.1 LECr.: un desajuste procesal en los tipos de violencia de género.....	234
3.1. La evolución de la dispensa familiar en su interpretación jurisprudencial, aplicada a los tipos de violencia de género.....	235
3.2. La advertencia obligatoria	239
3.3. El uso de la dispensa por la mujer víctima de violencia de género ¿libre ejercicio de una facultad legal o fraude procesal?	244
3.4. Las propuestas de <i>lege ferenda</i>	248
4. El tratamiento penológico de la violencia de género	251
4.1. Consideraciones generales.....	251
4.2. La pena de alejamiento.....	254
4.2.1. Sus efectos perversos: el art. 468 CP.....	257
4.2.2. Dudas sobre su constitucionalidad y su adecuación a la normativa europea	260
4.2.2.1. La STC 60/2010: la violencia de género bajo el prisma del control constitucional al poder legislativo.....	261
IV. EPÍLOGO	266
1. Las propuestas que se aproximan.....	266
2. Una invitación a la reflexión	270
MEDIACIÓN PENITENCIARIA: PASADO, PRESENTE Y ¿FUTURO?, por FRANCISCA LOZANO ESPINA Y LUZ LOZANO PÉREZ.	
ASOCIACIÓN DE MEDIACIÓN PARA LA PACIFICACIÓN DE CONFLICTOS.....	273
I. INTRODUCCIÓN	273
II. PASADO.....	275
1. Punto de partida	275
2. Los primeros pasos	277
3. Un plan ambicioso	279
4. La red que se extiende.....	282
5. Dificultades	284
III.PRESENTE.....	285
1. Presentación	285

2. El equipo de mediación	286
3. Nuestras actuaciones: intervención, sensibilización y formación...	290
4. Limitaciones encontradas.....	293
5. Consolidación del programa	298
6. Resultados de los últimos años.....	300
IV. ¿FUTURO?.....	302
1. El futuro esperable.....	302
2. El deseable	304
V. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.....	307
LA MEDIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, Y SU REGLAMENTO, por MIGUEL ÁNGEL COBOS GÓMEZ DE LINARES.....	
I. INTRODUCCIÓN Y BREVE EXCURSO SOBRE LA MEDIACIÓN	309
II. EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES.....	313
III. LA <i>CONCILIACIÓN</i> Y LA <i>REPARACIÓN</i> EN LA LRPM Y LA <i>MEDIACIÓN</i> EN EL REGLAMENTO	316
1. La <i>conciliación</i> y la <i>reparación</i> en la LRPM	318
2. La <i>mediación</i> en la LRPM.....	321
3. La <i>mediación</i> en el RegLRPM. Excurso	323
4. La mediación por el equipo técnico: la ejecución del desistimiento en el Reglamento de la LRPM	324
4.1. La iniciativa de mediar.....	324
4.2. La participación de la víctima o perjudicado.....	325
4.3. La mediación	326
4.3.1 Durante la tramitación del expediente.....	326
4.3.2. Durante la ejecución de la medida	327
4.4. La imposibilidad de acuerdo conciliatorio o reparador	327
5. La mediación por entidad pública	328
IV. EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN.....	330
1. La práctica de los miembros del Ministerio Fiscal	330
2. La práctica de los Letrados y otros mediadores, en especial psicólogos y trabajadores sociales.....	332
2.1. Datos referentes al País Vasco.....	332
2.2. Datos referentes a Andalucía.....	333
2.3. Datos referentes a Cataluña.....	334
V. CONCLUSIONES	337
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	338

¿ES POSIBLE LA MEDIACIÓN CON DROGODEPENDIENTES?, por M ^a PILAR SÁNCHEZ ÁLVAREZ. ASOCIACIÓN APOYO.....	341
LA EXPERIENCIA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN PENAL EN MADRID, por ESTHER PASCUAL RODRÍGUEZ. ASOCIACIÓN DE MEDIA- CIÓN PARA LA PACIFICACIÓN DE CONFLICTOS.....	361
I. INTRODUCCIÓN	361
II. RESULTADOS DE LA INTERVENCIÓN.....	364
III. ÓRGANOS JURISDICCIONALES REMITENTES.....	364
IV. MOMENTO DE LA RECEPCIÓN.....	365
1. Resultados de las mediaciones derivadas	366
2. Motivos del no inicio de la mediación	366
V. INFRACCIONES PENALES DERIVADAS	368
VI. INFRACCIONES PENALES MEDIADAS	370
VII. DATOS REFERENTES A LAS MEDIACIONES.....	373
1. Contenidos de los acuerdos	373
2. Grado de cumplimiento de los acuerdos	374
3. Tiempo entre los hechos e inicio de la mediación	375
4. Tiempo entre el inicio de la mediación y su conclusión.....	376
5. Razones de no acuerdo en mediaciones iniciadas	376
VIII. DATOS REFERENTES A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL	377
IX. DATOS REFERENTES A LAS PERSONAS PARTICIPANTES...	378
X. PERFIL DE LAS PERSONAS FÍSICAS ATENDIDAS EN MEDIA- CIÓN	383
1. Víctimas	383
2. Personas infractoras	385
3. Intereses de las personas víctimas e infractoras	388
4. Percepciones antes y después de participar en el proceso de media- ción.....	391

