



La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?

Patricia Esquinas Valverde

Becaria postdoctoral de Investigación (MEC)
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción: nuevas experiencias en el ámbito de la resolución del conflicto penal. II. Paradigma y valores de la Justicia restauradora, crítica y defensa. III. Propuesta acerca de la posible naturaleza jurídica de una medida legal de mediación en el Ordenamiento Jurídico español. IV. La adecuación de un eventual sistema de mediación a los fines clásicos de la pena. V. La “dinámica emocional” en el mecanismo de la mediación y otras técnicas de Justicia restauradora. VI. Experiencias de mediación a nivel de Derecho comparado y en el marco de la justicia juvenil. VII. Conclusiones: ¿lograría la mediación llegar a satisfacer las elevadas expectativas depositadas en ella? VIII. Bibliografía.

I. Introducción: nuevas experiencias en el ámbito de la resolución del conflicto penal

“Las demandas en favor de otra orientación del control social no son nuevas... Se habla de un nuevo paradigma... Tenemos que superar el tradicional “paradigma retributivo” a través de un nuevo paradigma restitutivo de justicia, éticamente fundado, que ponga un énfasis especial en la reconciliación de las partes en el conflicto. Y menospreciar todos estos planteamientos como idealistas y utópicos demostraría cuán lejos los dogmáticos de la ley (penal) se habrían desviado de las ideas que fundamentan la propia ley (penal)”. De esta forma se manifiesta Thomas

TRENCZEK, como uno de los máximos representantes en Alemania del movimiento denominado de *Justicia restauradora* (*Restorative Justice*), en un reciente artículo a propósito de las ventajas y también riesgos que lleva aparejados cualquier sistema institucional que se proponga fomentar la reconciliación entre el autor del hecho delictivo y su víctima¹. En efecto, tal concepción, que desde hace ya más de dos décadas viene extendiéndose en la Criminología y la Ciencia penal europeas e internacional², tanto a un nivel teórico como práctico, incluye entre otros el mecanismo de la *mediación*, así como el de la restitución del daño³. En definitiva, dicha nueva⁴ modalidad de aplicación del Derecho o de búsqueda de la equidad en la

1 Vid. TRENCZEK, Thomas, “Victim-Offender-Reconciliation: the danger of cooptation and a useful reconsideration of Law Theory”, en *Contemporary Justice Reviews*, 2002, Vol. 5 (1), págs. 23 a 34 (30). En opinión de KERNER, Hans-Jürgen, “Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich”, en *Handbuch Mediation* (dirig. por HAFT, Fritjof y von SCHLIEFFEN, Katharina), Munich, 2002, págs. 1252 y ss., pág. 1259, la noción de Justicia restauradora alude semánticamente al concepto de “restitución natural”, característico del Derecho alemán de resarcimiento de daños (civil), aunque va más allá que ésta. Y a pesar de que en Alemania no se cuenta aún con una definición unánime y estable de dicho término, sí puede aproximadamente describirse esta forma de Justicia como una “asistencia jurídico-penal que restablece la paz social y una justicia compensatoria” (“eine sozialen Frieden und ausgleichende Gerechtigkeit wiederherstellende Strafrechtspflege”).

2 De acuerdo con ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art. 23.5° CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, *Revista Poder Judicial (PJ)*, n° 63, 2001, págs. 71 y ss. (80, 84 y 85), y en cuanto a la idea concreta de la reparación, serían dos las razones por las que ésta se habría convertido en un “verdadero tema de moda”: en primer lugar, la crisis del pensamiento de la resocialización como objetivo viable de la pena privativa de libertad, y en segundo, la concienciación acerca del nulo protagonismo que corresponde a la víctima en el Derecho penal sustantivo y procesal.

3 A este respecto, tal y como se encarga de resumir ESPOSITO, Emanuele, en “La mediazione penale minorile: aspetti, problemi e prospettive in una visione di tipo sistemico”, página 2, artículo publicado en el Portal Jurídico de la revista *Diritto & Diritti* (página web www.diritto.it), el propio mecanismo de la *mediación* se encuadra, dentro de la literatura criminológica, en el llamado *modelo*

resolución de conflictos entre los ciudadanos se caracteriza porque, a través de sus técnicas, aquellas partes que resultan implicadas en una infracción u ofensa concreta resuelven de común acuerdo qué tratamiento dar a las consecuencias del hecho y a sus efectos para el futuro. Por consiguiente, elementos esenciales de este nuevo paradigma serán el concepto de participantes o de “implicados”, y la importancia del proceso de *conciliación*, en sí, con independencia y además del propio resultado del acuerdo concreto, siendo palabras clave las de *legitimación* de los afectados, *diálogo*, *negociación* y *acuerdo*⁵.

Asimismo, a tenor de los resultados conseguidos hasta ahora en la Administración de Justicia penal alemana por los Programas de Compensación del Autor a la Víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich* o *TAO*),⁶ por mencionar alguna de tales iniciativas en la línea *restauradora*, el grueso de los supuestos criminales sometidos durante el año 2002 a este nuevo procedimiento correspondería, hasta en un 46,7% (un 59,3% en el 2001), a una modalidad delictiva tan esencial como la de los tipos de lesiones⁷. Y ese dato, como muy acertadamente señalan los redactores del Informe, resulta especialmente llamativo si se tiene en cuen-

restaurador-reparador, girando éste en torno a dos elementos: el de *reparación* y el de *reconciliación*, siendo el límite entre ambos *sutil e inestable*. Así, algunos sistemas restauradores, como el francés, el americano o el propio italiano, se habrían orientado preferentemente hacia el primer factor, mientras que otros, como el austríaco, harían mayor hincapié en la reconciliación, aunque sin desestimar la posibilidad de introducir, en su caso, otros aspectos.

4 Según indica ZEHR, Howard, como uno de los principales expertos y defensores de este modelo, en “Justice: Retribution or Restoration?”, revista electrónica *Peacework Magazine*, Abril 1999, n.º 10 (en Internet, www.afsc.org/peacework/), tal forma de entender la aplicación, el sentido y los objetivos de la justicia penal no resultaría finalmente tan novedosa, teniendo en cuenta que su origen remoto puede hallarse ya en el propio texto de la Biblia, en el que se aprecia un punto de vista sobre el delito “próximo al actual” y una orientación a cada paso más evidente hacia el perdón, la restauración y la reconciliación; o también, en la Historia del Oeste americano, en el que la criminalidad se entendía como un *daño* que unas personas causaban a otras, de modo que surgía una obligación de repararlo, y el proceso normal para ello consistía en negociar alguna clase de acuerdo de restitución. Igualmente, comenta KERNER, H.J., “Mediation...”, *cit.*, pág. 1258, que desde muy antiguo en la historia existen ejemplos de reparación del daño, compensación y conciliación, y que en ciertos pueblos todavía más o menos vivos se han mantenido hasta tiempos muy recientes tradiciones en ese sentido. De hecho, incluso en la Europa continental habrían existido tales modelos, si bien éstos fueron progresivamente desplazados por la irrupción del Derecho penal moderno, cayendo finalmente en el olvido.

5 Cfr. lo comentado en este caso por ASHWORTH, Andrew, en “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, en *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 578 a 595 (578). De manera semejante, ZEHR, H., “Justice...”, *cit.*, manifiesta que los objetivos más importantes de los programas restauradores, como los de “Reconciliación entre la Víctima y el Ofensor” (VORP, *Victim Offender Reconciliation Programs*), desarrollados en EE.UU. y Canadá, serán *comprender al otro, aceptar la responsabilidad, reparar las ofensas y legitimar a los participantes*. Y en definitiva, con este nuevo sistema debemos entender que la Justicia “*identifica necesidades y obligaciones, de tal manera que se puedan reparar las cosas a través de un proceso que fomente el diálogo y que implique tanto a las víctimas como a los infractores*”. En conclusión, el delito deja de ser preferentemente “una violación del Estado y sus normas” para convertirse en “una violación de las personas y de sus relaciones”.

6 Según expresa el Informe de “Valoración de los datos estadísticos acerca de la Compensación del Autor a la Víctima para la década de 1993 a 2002” (*Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für den Zehnjahreszeitraum 1993 bis 2002*), realizado por los Prof. KERNER, Hans-Jürgen y HARTMANN, Arthur, a instancias del propio Ministerio de Justicia germano, y hecho público por éste en marzo de 2005.

7 La situación resultaría muy similar en Austria, donde los delitos que por regla general acceden a los sistemas de compensación extrajudicial serían, por este orden, lesiones leves, sobre todo; daños materiales, amenazas, coacciones y riña. De entre todos esos casos, aproximadamente un 50% corresponde a conflictos escolares, en el lugar de trabajo, en los círculos familiares o de amistad, y a la violencia en la pareja. Y el segundo grupo en importancia se identifica con lo que se denomina “conflictos situativos o de la vida cotidiana”, en los que, hasta el momento de la confrontación, no existe ninguna o apenas relación entre las partes. Se trata aquí, por ejemplo, de enfrentamientos entre conductores que terminan con alguna lesión o con daños, o en restaurantes o lugares públicos, o entre dueños de perros que acaban lanzándose éstos el uno al otro, etc. (Datos recogidos en el artículo “*21,2 Millionen Euro für Opfer in 20 Jahren durch Neustart Außergerichtlichen Tausgleich erreicht. Konflikte regeln statt strafen!*”, págs. 1 y 2, a partir de las declaraciones de ROSENBERG, Marko, director gerente de la Asociación *Neustart*—encargada de desarrollar dichos programas de mediación—, publicado el 13 de junio de 2005 en la página web de la asociación, www.neustart.at/). Otros resultados habrían obtenido una investigación recientemente realizada por la Academia Polaca de las Ciencias y comentada por CZWARTOSZ, Elżbieta, en “*Victim-offender mediation. Short notes from Poland*”, pág. 2, artículo publicado en la página web *Restorative Justice on line* (www.restorativejustice.org), servicio ofrecido por el *Centro para la justicia y la reconciliación* de la *Asociación Internacional de Prisiones (Prison Fellowship International, PFI)*. De acuerdo con tal estudio, en el sistema judicial polaco un 34% de los casos remitidos durante el año 2002 a los programas de mediación correspondería a delitos contra la familia o las relaciones de tutela (cifra más reducida en relación con la de 1999), mientras que los delitos contra la salud o la vida supondrían el 26,6% (porcentaje en cambio en aumento desde 1999). Sin embargo, a efectos de extraer una comparación fiable habría que tener en cuenta las diferencias existentes entre el catálogo de tipos en un código penal y en otro, el germano y el polaco, o entre los supuestos que tienen acceso en cada caso al sistema de la mediación, etc.

ta que en nuestro contexto social existe una intensa presión por parte de los medios de comunicación, partidos políticos, etc., hacia el *endurecimiento* de la *respuesta penal* frente a los *delitos contra la integridad física* y frente a la criminalidad *violenta*, en general. Además, se indica, de todas las personas *víctimas* de un delito que durante la década pasada intervinieron en los citados programas estatales de Compensación, aproximadamente dos tercios estaban expresamente dispuestas a sentarse en una mesa a negociar con sus agresores.

Y entretanto, el propio Consejo de Europa,⁸ al mismo tiempo que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)⁹, e incluso el Consejo de la Unión Europea¹⁰, por medio de diversas declaraciones, han indicado a sus Estados miembros que un porcentaje importante de controversias y ofensas menores con relevancia penal pueden ser resueltas, en casos apropiados, a través de la mediación y otros mecanismos de Justicia restauradora¹¹; en especial, por aquellos procedimientos que, bajo la supervisión de una autoridad judicial u otra competente, faciliten el encuentro entre el

agresor y la víctima, la compensación de los daños sufridos o la realización de servicios en favor de la Comunidad.¹² En definitiva, se admite la posibilidad de la mediación en los asuntos penales como “una opción flexible, amplia, participativa y que resuelve problemas; complementaria o alternativa a los procedimientos penales tradicionales”. En tal ámbito será necesario el fomento de una participación personal activa del agresor, la Comunidad en su conjunto y, muy en especial, la víctima, a la que corresponde desde luego un “legítimo interés” en *tener* “más fuerte voz” a la hora de decidir las consecuencias de su victimización, así como en *comunicarse* con el agresor y en *obtener* de éste una disculpa y una reparación¹³. Y en términos generales, puede definirse la técnica de la *mediación* como un proceso no contencioso (en principio), informal, voluntario y basado en la confianza entre las partes, a través del cual los participantes tratan de resolver su conflicto de modo autónomo, con la ayuda de un tercero neutral que conoce las condiciones fácticas y jurídicas de los hechos pero que carece de capacidad para decidir¹⁴.

8 Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999, en relación con *la mediación en asuntos penales*; si bien, ya desde las Recomendaciones (85) 11, sobre *la posición de la víctima en el marco del Derecho y del proceso penal*, y (87) 21, sobre *asistencia a las víctimas y prevención de la victimización*, se viene aconsejando a los Estados miembros el examen y la experimentación de tales mecanismos de mediación, a fin de conocer las ventajas que pueden proporcionar al sistema jurisdiccional penal y a la concreta figura de la víctima.

9 Recomendación 1999/26, de 28 de julio de 1999, sobre “*Desarrollo e implementación de medidas de mediación y de Justicia restauradora en la Justicia Penal*”. No obstante, ya en la Resolución 1998/23, de 28 de julio de 1998, se alentó a los Estados miembros a que consideraran la posibilidad de emplear medios amistosos de composición o arreglo (de conflictos) para el tratamiento de infracciones menores: por ejemplo, usando mecanismos como la mediación, la aceptación de una reparación civil o el acuerdo de compensación, así como la posibilidad de emplear medidas que no sean de custodia, alternativas a la prisión (vg., los servicios a la Comunidad).

10 A este respecto, *vid.* la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al *estatuto de la víctima en el proceso penal* (2001/220/JAI). De acuerdo con su art. 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”, debiendo además velar porque *toda* decisión adoptada en dicho ámbito entre víctima e inculpado “pueda tomarse en consideración” (art. 10.2).

11 De cualquier forma, téngase en cuenta que dicha orientación restauradora ya constaba dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, elaborado asimismo bajo los auspicios de las Naciones Unidas: en su art. 7 se hace mención a los “mecanismos informales para la resolución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y la justicia consuetudinaria o las prácticas indígenas”, que “deberían ser utilizados allí donde resulten apropiados para facilitar la conciliación y la reparación a las víctimas”.

12 *Vid.* R. 1999/26 del ECOSOC. A su vez, se enfatiza que tales medidas, cuando sean adecuadas, pueden conducir tanto a una mayor satisfacción de las víctimas como a la prevención de comportamientos ilícitos en el futuro, al igual que pueden representar una alternativa viable a las penas cortas de prisión y las multas. Y a continuación, acogiendo el desarrollo que en diversos países ha tenido ya la experiencia de la mediación y de la Justicia restauradora en el campo penal (en las áreas relativas, entre otros asuntos, a ofensas menores, problemas familiares, problemas en la escuela o en la Comunidad y problemas referidos a niños y jóvenes), efectúa el ECOSOC un llamamiento a los Estados miembros al objeto de que formulen políticas de mediación y de Justicia restauradora con vistas a promover una cultura favorable entre las autoridades encargadas de la aplicación de la Ley, y entre las Comunidades locales, así como para que prevean un entrenamiento o formación adecuada de aquellos que se impliquen en la implantación de tales procesos.

13 *Vid.* R. (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

14 *Vid.* SIEVERS, Nadja, en *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit auch in Deutschland? Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der argentinischen Mediación previa*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2001, págs. 29 y 30 (aunque teniendo en cuenta fundamentalmente la mediación *civil*): en tal proceso es necesario que se diluciden y se suavicen las posiciones asentadas de las partes y que éstas den a conocer los verdaderos intereses y sentimientos que subyacen al enfrentamiento. Y lo esencial a la hora de convenir una solución no será ajustarse a las pretensiones iniciales de cada uno de los afectados, sino *servir lo mejor posible a sus intereses*.

II. Paradigma y valores de la Justicia restauradora, crítica y defensa

Bajo tales premisas, pues, el marco político-jurídico y científico se antoja ciertamente favorable a la posibilidad de implantar y experimentar con nuevos modelos de resolución del conflicto penal¹⁵, también en el ámbito concreto del Ordenamiento normativo español¹⁶. Y en

efecto, en el marco de la geografía española, más concretamente en el País Vasco, habría tenido ya lugar algún intento de introducción de tal sistema en el tratamiento del delito¹⁷. No obstante, dicha opción de futuro plantea diversos y serios inconvenientes que ningún optimismo idealista o progresista, por muy bienintencionado que esté, podrá hacer desaparecer de modo inmediato¹⁸. En primer lugar, es preciso considerar que los planteamien-

15 Manifiesta por ejemplo SIEVERS, N., *ibidem*, págs. 39 y 40, que la mediación no debe ser rechazada demasiado rápido como si de una moda más se tratara, ya que la misma armoniza adecuadamente con la aceleración de la forma de vida actual, que requiere soluciones rápidas y flexibles a los problemas, y con la evolución político-social, en el sentido de que la persona ejerza en la mayor medida posible su individualidad y su autonomía. Para esta autora, la mediación debería inducir a una transformación general de la sociedad, en todos los ámbitos de la vida, desde una conducta de enfrentamiento y litigiosa hacia otra más dialogante y negociadora. Por su parte, McEVOY, Kieran, MIKA, Harry y HUDSON, Barbara, en "*Practice, Performance and Prospects for Restorative Justice*", *TBJC* 2002, Vol. 42, págs. 469 a 475 (475), dan a entender que el modelo de la Justicia restauradora habría conseguido "algo así como respetabilidad internacional en diversos aspectos". A su vez, LEMONNE, Anne, en el artículo Editorial de la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora (Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, abril 2004, pág. 1, señala que, en la actualidad, es indudable que las actividades de esta Justicia restauradora se están expandiendo en Europa. Así, mientras que cada vez más prácticos y más teóricos del Derecho se interesan por el tema, también los gobiernos están implementando progresivamente nueva legislación autorizando el uso de dichas técnicas.

16 Según LARRAURI, Elena, "*Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*", en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, VV.AA. (edit. por PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando), Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, Salamanca, 2004, págs. 461 y 462, es de esperar también en España una proliferación de dicha Justicia restauradora, tanto en base al ejemplo de otros países y al empuje de la legislación europea (causa jurídica) como debido a razones sociológicas. En efecto, a tenor del art. 17 de la mencionada Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, los Estados miembros deberían adoptar una normativa incentivadora en materia de mediación penal, "a más tardar", el 22 de marzo de 2006. Y de hecho, la progresiva introducción en el panorama penal español de un nuevo paradigma más próximo al ideal de la conciliación puede detectarse incluso en la reciente modificación legislativa del tratamiento de los terroristas "arrepentidos" (por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas). Particularmente en los arts. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 90 del Código Penal, a propósito de los criterios ponderables en orden a decretar la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario o bien la libertad condicional, respectivamente, de personas condenadas por delitos de terrorismo, se menciona en concreto el hecho de que el autor haya realizado "una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito" (en el caso del art. 90.1, inciso 3.º CP, se indica que esta circunstancia inclinará a entender que hay pronóstico de reinserción social, siendo éste uno de los requisitos que deben concurrir para que pueda establecerse dicha libertad condicional). Tal dato, en conjunción con otros diversos factores, como el de que se haya colaborado activamente con las autoridades al objeto de impedir la producción de otros delitos terroristas, de identificar o capturar a otros responsables, etc., vendrá a acreditar que el individuo "ha abandonado los fines y los medios terroristas". Y a semejantes "disposiciones premiales" en la fase ya de ejecución de la pena de prisión se refiere críticamente SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, en "*El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 2005, págs. 1 a 33, indicando que esa manifestación expresa de perdón a la víctima, junto con la "declaración de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia" que también se fomenta en el agresor, difícilmente constituyen fines que el Derecho Penal pueda perseguir legítimamente, dado que ello supone tratar de incidir en la libertad ideológica y de conciencia del penado. En efecto, el legislador tendría que limitarse a la función de protección de bienes jurídicos por medio de la evitación de futuros delitos, sin pretender ese cambio en las concepciones ideológicas del culpable que, en todo caso, serán lícitas siempre que éste no recurra a medios prohibidos a la hora de defenderlas o imponerlas. En todo caso, ¿cabría plantear las mismas objeciones a un mecanismo de mediación penal, que fomentara el acercamiento y la comunicación entre las partes y la asunción de responsabilidad por parte del agresor? En relación con ello, véase *infra*, apartado IV de este trabajo.

17 En este sentido, MUÑOZ, Yolanda, "*Victim-offender mediation in the Basque Country*", en la señalada *Revista del Foro europeo para la Mediación...*, cit., (abril 2004), pág. 7, informa acerca de una conferencia realizada en enero de 2004 en el País Vasco y bajo los auspicios del Gobierno Autónomo vasco, la Consejería vasca de Derechos Humanos y Cooperación con la Ley y el Centro de Investigación para la Paz *Gernika Gogoratuz*, con el propósito de reflexionar y discutir sobre la posibilidad de implantar un programa de Mediación entre la Víctima y el Agresor en esa Comunidad Autónoma, y de definir cuál podría ser el modelo más adecuado teniendo en cuenta el marco judicial y social. Finalmente se alcanzó la conclusión, entre otras, de que, si bien puede considerarse apropiado tal método para prácticamente cualquier sector de la criminalidad, no obstante habrá situaciones en las que será recomendable examinar tal idoneidad con más detenimiento.

18 A propósito de ello, y haciendo referencia a muchas de las objeciones que a continuación se plantean, consúltese SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, "*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de <reparación>*", *Revista Poder Judicial*, 1997, n.º 45, págs. 183 y ss.: tal vez resulte obligatorio, ante la euforia despertada por el nuevo paradigma reparador, adoptar frente al mismo un "sereno distanciamiento" (pág. 191).

tos de la denominada *Restorative Justice* han tenido su origen y hasta ahora su desarrollo más extenso en países vinculados al *Common Law* (como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda): un sistema jurídico-sustantivo y procesal notablemente distinto al que opera en la mayoría de los estados (continentales) europeos, entre ellos el español, entre otras razones por el muy distinto grado de eficacia que uno y otro atribuyen al fundamental *principio de legalidad* o “*rule of law*”, así como a su antagónico principio de *oportunidad* procesal, favorecedor de un margen mucho más amplio de disposición para el órgano judicial. Por otro lado, será necesario determinar hasta qué punto el recurso a esos mecanismos de reconciliación y de compensación entre el autor y la víctima, como medidas más o menos alternativas o complementarias a la reacción penal habitual, representada por la pena privativa de libertad, podrá otorgar satisfacción a las demandas sociales de respuesta al delito y de lucha contra la criminalidad y, lo que es aún más esencial, estará en armonía con los fines reconocidos al Derecho Penal y en particular a sus sanciones: es decir, con los principios de *retribución* o de *exigencia de justicia*, de *prevención general* y de *prevención especial*¹⁹.

Y en tercer lugar, pero no menos importante, convendrá evaluar el auténtico nivel de eficiencia que dichos programas estén revelando en la práctica judicial, atendiendo en ese aspecto, entre otras fuentes, incluso a las duras objeciones formuladas por los propios teóricos y defensores de

la Justicia restauradora²⁰. A propósito de dichas críticas, se habría alegado, por ejemplo, que estos procedimientos anulan los derechos legales y garantías procesales en favor del imputado²¹; conducen al denominado “vigilantismo”, es decir, a una exacerbación de los controles sociales y del poder policial; trivializan el delito; no logran una verdadera reparación o restauración ni para la víctima ni para el agresor; no consiguen crear “justicia” ni un cambio efectivo en la sociedad ni prevenir la reincidencia, sino que, muy al contrario, dan lugar a resultados discriminatorios y consolidan los desequilibrios sociales de poder²².

Sin embargo, indican esos propios autores que tales valoraciones negativas podrían hallar explicación en la incompreensión de los críticos hacia los auténticos objetivos que persigue dicho modelo, así como en el planteamiento de exigencias excesivas frente a un sistema que se encuentra todavía sólo en una fase muy temprana de su desarrollo. Asimismo, con frecuencia la doctrina no tendría en cuenta los resultados, en verdad positivos, revelados por las investigaciones hasta ahora disponibles sobre la materia, o bien tendería a interpretarlos de una forma negativa. Y además, por regla general no se ha recurrido tampoco a la posibilidad, conveniente e incluso necesaria, de contrastar tales datos acerca de lo que hasta ahora se ha obtenido y aun podría obtenerse mediante los nuevos métodos, por un lado, con los índices de eficacia, ya conocidos, que por otro lado ofrece el sistema de justicia penal convencional²³.

19 Pues bien, en opinión de MORRIS, Allison, “*Critiquing the critics. A Brief Response to Critics of Restorative Justice*”, *TBJC* 2002, Vol. 42, págs. 596 a 615 (599), no existe obstáculo alguno en orden a adaptar tales métodos alternativos a los principios esenciales del Ordenamiento penal, como pueden ser el de la *defensa de la sociedad* y los bienes jurídicos fundamentales de ésta, y el de tener en cuenta la auténtica *gravedad del comportamiento* ilícito a la hora de establecer la sanción aplicable al mismo. De esa forma, cualquier tipo de sanción o de medida jurídica con la que se ponga fin a la controversia penal podría resultar “restauradora” y armonizar, pues, abstracción hecha de su naturaleza, con este nuevo modelo procedimental. En efecto, al parecer, aun la pena privativa de libertad podría ser acordada al término de una de esas “negociaciones” como la solución más apropiada, siempre y cuando así lo decidan conjuntamente las partes implicadas, es decir, la víctima, el agresor y la Comunidad o Comunidades sociales de referencia (expresamente en contra de esta última aseveración de MORRIS se pronuncia LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 448 y 449: no se ve cómo una condena de prisión puede satisfacer los objetivos restauradores de reintegración del infractor o de reparación a la víctima). No obstante, continúa MORRIS, la diferencia clave en relación con el sistema jurisdiccional convencional reside en la idea de que tal dinámica de diálogo y de conciliación entre los implicados, característica de la técnica restauradora, habría de fomentar en ellos una mayor comprensión de las circunstancias y de las consecuencias del delito (en el caso del agresor, una mayor conciencia de su responsabilidad y la gravedad de su conducta), así como un grado mayor de satisfacción tras esa experiencia con el sistema judicial-penal.

20 En tal sentido, al parecer, las críticas habrían sido tan duras que habrían conseguido un sensible retroceso en aquellas jurisdicciones nacionales que han iniciado la implantación de esos métodos, hasta el punto de que, en caso de apreciarse alguna recuperación, habría que hablar ahora de una “*re-emergencia*” del paradigma: *vid.* MORRIS, A., “*Critiquing the critics...*”, *cit.*, págs. 596 y ss.

21 En relación con dicho reproche, y entendiendo que hoy por hoy no resulta cierto, consúltese LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 453 y 454.

22 Sobre ese riesgo de *ampliación* del control social y jurídico sobre el delito (denominado “*net-widening*”), supuestamente el mayor peligro que arrastra tal sistema *restaurador*, así como sobre sus causas, y algunas otras de dichas objeciones enunciadas, *vid.* asimismo LARRAURI, E., *ibidem*, págs. 456 y 457, 462.

23 En lo concerniente a tales críticas, así como a la consecutiva reacción a las mismas, *vid.* MORRIS, A., “*Critiquing the critics...*”, *cit.*, págs. 600 y ss.

III. Propuesta acerca de la posible naturaleza jurídica de una medida legal de mediación en el Ordenamiento Jurídico español

Como primer aspecto problemático, en definitiva, resulta fundamental conocer la *naturaleza jurídica* que más acertadamente cabría atribuir, según los esquemas dogmáticos aceptados, a la figura de la mediación o conciliación entre autor y víctima del delito, a modo de forma alternativa para la conclusión del proceso judicial penal. A este respecto, se ha debatido en principio acerca del carácter, *civil o penal*, del elemento concreto de *reparación* del daño a la víctima, teniendo en cuenta que de esa esencia jurídica va a depender directamente su concepción como un *sustitutivo* penal, o bien como una auténtica *tercera vía* alternativa a la pena y a la medida de seguridad, o como una causa de renuncia a la pena, etc. En particular, se ha dicho, si se interpreta la figura como un instituto originariamente *civil* aunque integrado en el Ordenamiento penal, el objetivo principal del mismo seguirá siendo el resarcimiento material o económico de la víctima, por lo que dicha reparación constituirá *per se* un nuevo *fin*, añadido a los que ya informan la legislación penal. En cambio, partiendo del punto de vista de adaptar la reparación específicamente al marco *penal*, su configuración y su cometido tendrán que satisfacer los fines tradicionales de la pena (como un *medio* para alcanzar éstos), de manera que no bastaría con el

único dato de la indemnización económica o compensación del perjuicio material para dotar de eficacia atenuante o eximente a la circunstancia, sino que habría que explicarla en términos de prevención general, especial, (menor) necesidad de pena, (menor) gravedad objetiva del comportamiento, etc.²⁴. Cuestión ésta que, como es lógico, afecta asimismo al plano de la *mediación*, por responder ambas técnicas procedimentales al nuevo paradigma de la compensación y *restitución* del autor a la víctima. Y en último término, caracterizar tales instrumentos como métodos conformes con los fines jurídico-penales y por tanto vinculados a una menor necesidad de pena para el responsable, favorecerá claramente su armonización dentro de dicho Ordenamiento a modo de verdaderas opciones *diversas* a la prisión²⁵.

Así, como cuestión inicial será preciso decidir qué entidad habrá de corresponder a tal medida en relación con la propia noción o categoría de "*pena*", determinando si esa mediación representaría un mero *sustitutivo* penal, o más bien una consecuencia jurídica *añadida* a aquélla, o por el contrario una *verdadera "pena"* en sí misma, es decir, un mecanismo (más, distinto a otros) de reacción jurídica ante el hecho delictivo, que *equivalga* a los demás métodos, más ortodoxos, de compensación por el acto criminal ejecutado, y que por lo tanto elimine radicalmente la necesidad de cualquier instrumento correctivo adicional de manos del Estado²⁶. De acuerdo con ello, podemos imaginar

24 De esta segunda opinión, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., "*La reparación en Derecho Penal.*", *cit.*, pág. 84, así como ROXIN, citado por aquél (págs. 86 y 89 a 91), y PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Edit. Comares, Granada, 1999, pág. 261. En cambio, otras fuentes doctrinales han destacado la naturaleza civil de la reparación para indicar que ésta no debería tener más importancia en el marco penal que la de una simple atenuante o, a lo sumo, un sustitutivo penal en algunos delitos de poca gravedad.

25 Con ese parecer, ROXIN, mencionado por ALCÁCER GUIRAO, R., "*La reparación en Derecho Penal.*", *cit.*, pág. 86: las técnicas de la reparación y la conciliación, aunque no se tratara en absoluto de sanciones aflictivas, serían una *tercera vía* dentro del Derecho penal.

26 En el panorama italiano, por ejemplo, parece sugerir ESPOSITO, E., "*La mediazione penale minorile.*", *cit.*, págs. 3 y 4, que los programas de mediación sean algo más que simples sustitutivos penales, al comentar que éstos "entran en el llamado concepto de la *diversión* (intervenciones extrapenales), ... colocándose desde una óptica de *desjurisdiccionalización*". A su juicio, la solución ideal sería conformar esa figura como completamente extraña y desvinculada lo más posible del sistema judicial formal: una especie de "tercera vía", un auténtico *recurso extrajudicial*. Por su parte, recuerda GIACCA, Francesco, "*La mediazione penale minorile, una risorsa o una reale alternativa?*", en el Portal Jurídico de la revista *Diritto & Diritti*, *cit.*, noviembre 2003, pág. 2, citando a GARRENA, que la reparación constituye un modelo antitético de intervención, un concepto alternativo a la cultura de la punición, y en ningún caso un principio de *sustitución* de la pena, ya que actúa en un espacio y en un tiempo conceptualmente distintos a los de la retribución. En su opinión, concretamente deberían mantenerse dos modelos distintos de mediación, de acuerdo a la gravedad de los delitos que se acojan a esta vía. Así, cuando se trate de infracciones no especialmente graves, tal mecanismo podría funcionar como una *fórmula alternativa de terminación del proceso*, como instrumento de *resolución* del procedimiento o *sustitutivo de la sanción*. En cambio, para delitos graves o cuando sea precisa una respuesta más contundente, será preferible poner en práctica la mediación como un programa *incluido en una eventual medida alternativa*, o como un *proceso paralelo al propio juicio*. A este respecto, considera GIACCA como ideal la creación de un procedimiento paralelo de mediación "auténtico y propio", desvinculado del resultado procesal, que deberá iniciarse de forma inmediata a la apertura de un acta o expediente judicial. El juicio formal continuaría entonces su propio curso, y no se vería de ningún modo obstaculizado en cuanto a su desenlace. Tal posibilidad, aunque habría recibido considerables críticas por parte de la doctrina, "constituye la frontera más avanzada del modelo", y debería orientarse a la revitalización de las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito, pero permaneciendo desvinculado de cualquier sistema de "premio" en relación al resultado del proceso foral (pág. 4).

que, una vez puesta en marcha oficialmente una iniciativa de mediación entre los afectados por el hecho delictivo, ya sea dentro del propio proceso judicial en curso y con anterioridad a la emisión del fallo o bien con carácter previo incluso a la elevación de acusación pública por el Fiscal, las posibilidades de tener en cuenta y aplicar un eventual acuerdo de conciliación-reparación entre las partes serán diversas. Cabe, por ejemplo, que en base al mismo se declare la renuncia a la persecución penal y el archivo de las actuaciones; o bien que, continuándose el proceso hasta su término, se emita un pronunciamiento oficial de culpabilidad del imputado con renuncia a la aplicación de pena; o asimismo que, proclamada la sentencia y la pena correspondiente, se decrete un sustitutivo penal (vg., la suspensión de la ejecución de la sanción con cumplimiento del mencionado acuerdo); o, incluso, que ni siquiera se incoe el proceso, dándose por solucionado el conflicto, en principio, con la satisfacción por ambos implicados de las cláusulas del convenio. Para varias de estas hipótesis, además, cabría considerar que la circunstancia del resarcimiento material y/o personal del agresor a la víctima con posterioridad al hecho ilícito constituye un factor de exclusión de la punibilidad de éste, es decir, de condonación o supresión de la pena, dentro aún del propio esquema del delito.

En primer lugar, pues, debería analizarse la posibilidad de insertar la mediación entre las causas, en general, de *no aplicación de la pena*, más adecuadamente que en el elee-

do de *sanciones* contenido en los códigos criminales. De esta forma, corresponde indagar a cuál de los diversos *motivos de exclusión* de la pena legalmente previstos para el marco del *proceso judicial* se aproximaría en mayor medida la modalidad de la mediación. Similar planteamiento, sin duda, habría de resultar menos controvertido que cualquier otra noción más innovadora o radical²⁷. A esos efectos podemos tener en cuenta la clasificación propuesta por WOLTER²⁸ según la que cabría distinguir diversos grupos de razones exonerantes merced a las que no llegaría a imponerse la sanción penal en principio procedente. Tales factores se vincularían a distintos niveles de merecimiento, necesidad y conveniencia jurídico-política de la pena. Conforme a lo que en nuestro ámbito interesa habría que mencionar, ordenadas de mayor a menor relevancia e intensidad en la “exención”²⁹, por un lado las causas de *exclusión de la pena o de la punibilidad* (denominadas “excusas absolutorias”, que pueden serlo “en sentido estricto” –simultáneas a la acción delictiva, causas personales de *exclusión* de la pena propiamente dichas– o “posteriores”, si tienen lugar una vez consumado el hecho –causas personales de *condonación o supresión* de la pena³⁰); y, por otro lado, aquellos supuestos en los que el injusto culpable, merecedor y necesitado de pena, aun siéndolo presenta una menor entidad, de tal manera que se producirá el *sobreseimiento* del proceso, o bien la *renuncia a la pena* o la *atenuación* de la misma³¹. En definitiva,

27 En cambio, afirma HUDSON, Barbara, “Restorative Justice and gendered Violence. Diversion or Effective Justice?”, revista *TBJC* 2002, Vol. 42, págs. 616 y ss. (620), que los programas de Justicia restauradora hasta ahora implantados en distintas jurisdicciones nacionales responden todos ellos a una misma “base racional” o “idea principal”: la de que se trata de algo más que simples *sustitutivos* penales, constituyendo una verdadera *alternativa (“diversion”) a la sentencia* y a la persecución penal a través del *procedimiento judicial* formal.

28 Vid. WOLTER, Jürgen, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena a proceso penal*, VV.AA. (edit. por WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg), Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 31 a 89 (35-38).

29 Con anterioridad a esas que expresamente se citan tendrían que considerarse, en efecto, las denominadas causas de exclusión del Derecho Penal o del tipo (*atipicidad*), en primer lugar; las causas de exclusión de la antijuricidad o injusto, es decir, causas de *justificación*, y por último, las causas de *exclusión de la culpabilidad* (inimputabilidad, eximentes).

30 Recoge esta diferenciación, defendida por la mayoría de la doctrina tanto en Alemania como en España, DE VICENTE REMESAL, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de León, 1985, págs. 318 y 319, si bien él mismo se manifiesta crítico con tal punto de vista (págs. 319 a 323, 337 y ss., 349 y ss., 362 y 363): a su juicio, la conducta *posterior* al momento de la consumación del hecho, ya sea de signo *positivo* o *negativo* en relación con la preservación del Orden jurídico, no pertenece al injusto de éste ni modifica tampoco la culpabilidad del sujeto *por tal hecho*, al igual que queda fuera de la *punibilidad* “como elemento del delito mismo”. En efecto, DE VICENTE sitúa dicha conducta posterior entre los que denomina “otros presupuestos de la pena” (frente a la postura mayoritaria, que según se ha indicado la considera como una *causa personal de condonación o supresión parcial de la pena*, enmarcada en la *punibilidad*), de forma que su eventual incidencia en la determinación de la sanción únicamente podrá tener lugar por razones de prevención especial o general, y con sometimiento a los límites que ellas imponen. De lo contrario, se atentaría contra el principio de la pena ajustada al injusto culpable, acogiendo un concepto amplio y confuso de “hecho” y admitiendo que la reparación del daño podría equivaler a la anulación del contenido de desvalor de aquél.

31 En realidad, tales conceptos han de ser puestos en relación con otro punto de vista fundamental en WOLTER, para quien el esquema jurídico global por el que se otorga tratamiento y solución al conflicto social ocasionado por el delito debería entenderse como un sistema, el “sistema integral del Derecho Penal”, del que formarían parte las tres fases sucesivas de “el sistema del delito” o “del hecho o injusto culpable”; “el sistema del proceso penal” (derecho procesal penal) y el “sistema de la determinación de la pena”. A cada uno de dichos estadios se vincularía un grupo diferente de causas o motivos de *no imposición de la pena correspondiente* al hecho ilícito.

a la hora de establecer cuál resultaría en cada contexto el criterio adecuado se debería atender a la importancia de las circunstancias del caso, sobre todo al grado de desvalor y gravedad de la acción y/o del resultado del hecho y a la mayor o menor culpabilidad del autor, así como a la presencia o ausencia de particulares necesidades preventivo-especiales o preventivo-generales de punición³².

Dicho de otro modo, cuando se esté analizando un supuesto fáctico que presente indicios de cierta relevancia jurídico-penal, inicialmente será preciso dilucidar hasta qué punto las características del caso lo convierten en un injusto culpable merecedor y necesitado de pena, a cargo de un autor imputable y responsable (a saber, cuando no concorra causa alguna de atipicidad, justificación o excluyente de la culpabilidad). Seguidamente, el ejemplo concreto tendrá que ser *materialmente punible*, concibiéndose la *punibilidad*, en fin, como la ausencia de causas de *exclusión de la pena*, es decir, como la necesidad de la pena desde consideraciones jurídico-políticas o político-criminales³³. Más tarde habrá que considerar si, aun siendo materialmente punible, el supuesto continuaría siendo *perseguible* desde un punto de vista procesal, con lo que entraríamos en el sistema del proceso penal y, de esa forma, evaluaríamos la posibilidad de un sobreseimiento de dicho procedimiento (conocido también como “renuncia a la persecución penal”). Y por último, afirmada dicha *perseguibilidad procesal*, al parecer todavía existiría en el marco de discrecionalidad del órgano judicial la facultad de *renunciar* a la pena, aunque llevando a cabo previamente un *pronunciamiento de la culpabilidad del autor*, o bien, bajo premisas similares, de atenuar gradualmente dicha sanción, situándose tal operación ya en la tercera y postrera fase de la “determinación de la pena”, relativa a la *sancionabilidad* del hecho ilícito³⁴.

Acogiendo la clasificación expuesta siguen siendo defendibles, como pone de manifiesto la propia doctrina, diversas opciones de sistematización de una imaginable medida de *conciliación* entre el autor de la infracción y su víctima. A su vez, podría pensarse en una eventual graduación de las consecuencias procesales que habría de desplegar dicho mecanismo, lo que llevaría aparejadas también varias posibilidades de definición dogmática del mismo. En efecto, aparentemente cabría incluso considerar que la satisfacción por parte del autor de una indemnización a beneficio de la víctima va a implicar una reducción en el contenido de *injusto* de su conducta, o bien una disminución sensible de su *responsabilidad* personal, lo que daría lugar a una de las descritas como causas de levantamiento (parcial) de la pena (o de la responsabilidad) de carácter *material*³⁵. Para ello, no obstante, como muestra la circunstancia atenuante de arrepentimiento y reparación del art. 21.5.ª del CP español³⁶, será preciso que tal eficacia en cuanto a la modulación de la sanción quede recogida en un precepto específico dentro de los propios textos legislativos penales.

En definitiva, existen fundamentalmente tres opciones político-criminales en cuanto a la configuración jurídica de un sistema de mediación y conciliación³⁷. Así, en primer lugar podría construirse esta figura alternativa sobre la base de una *causa de exclusión material de la pena*, expresamente escrita o regulada³⁸, entendiéndose que, de lograrse un proceso satisfactorio de acercamiento y compensación del autor a la víctima del delito, concurriría en efecto una menor responsabilidad de aquél, en cuyo caso procedería decretar un *levantamiento*, total o parcial, *de la pena* (exclusión de la *punibilidad*). De hecho, tal sería el planteamiento acogido

32 Cfr. WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, págs. 35 a 41 y 77.

33 Llegado este punto, siempre a tenor de lo sostenido por WOLTER, podrá señalarse que no concurren “*causas materiales de exclusión de la pena y de levantamiento de la pena*”, con lo que se habrá superado el primer escalón, correspondiente al citado “sistema del injusto punible” o “sistema del delito”, y en definitiva identificable con lo que llamamos Derecho Penal.

34 Vid. WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, págs. 35 a 41 y 77.

35 Absolutamente en contra de que la reparación postdelictiva del daño pueda modificar el contenido de *injusto* del hecho o la *culpabilidad* por la realización de éste se sitúa DE VICENTE REMESAL, J., *El comportamiento...*, cit., págs. 349 y 350, 362 y 363, entre otras.

36 Determina el art. 21.5.ª CP que será una circunstancia atenuante “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

37 En cierto modo, a ellas se refiere PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, cit., pág. 363: la reparación puede funcionar o bien como *causa de exclusión de la punibilidad* (la conducta típica deja de ser penalmente relevante una vez que se repara el daño, como en ciertos delitos contra el patrimonio o contra la Hacienda Pública), o como motivo para el *archivo del procedimiento*, o como vía de *renuncia a la pena previa declaración de culpabilidad*.

38 Ciertamente, a menos que se disponga de forma expresa como tal no parece que la mediación pueda considerarse como una causa de exclusión material de la pena “no prevista legalmente”, ya que no se asemejaría ni a un motivo de exclusión del tipo, ni de justificación, ni, probablemente, de exclusión de la culpabilidad por el hecho cometido.

por el legislador austríaco, a través del § 42 del *Strafgesetzbuch*³⁹. Tal precepto declara que la conducta *no será punible* cuando, entre otros requisitos, el autor al menos se haya esforzado seriamente en eliminar, reparar en lo esencial o compensar las consecuencias de sus actos. Para ello, no obstante, de acuerdo con una perspectiva lógica de prevención *general*, será necesario que el delito tan sólo merezca una sanción de multa o de prisión por debajo de los tres años o, en el peor de los casos, ambas penas; así como que la culpabilidad del autor resulte de carácter menor; que el hecho delictivo no haya ocasionado perjuicio alguno o sólo uno insignificante, y que no sea imprescindible aplicar un castigo, ni para impedir que ese responsable delinca ni para evitar que otros a su vez realicen comportamientos punibles.

Por otro lado, en segundo lugar sería también factible instaurar legalmente el mecanismo de la mediación como una vía de *sobreseimiento del proceso penal*⁴⁰, ya fuera con anterioridad a la misma apertura del juicio oral o incluso durante la tramitación de éste y antes de su terminación⁴¹. Por ejemplo, tal posibilidad aparece reflejada asimismo en la normativa austríaca, particularmente en el § 90.g de la Ley Procesal Penal (*Straf-*

prozessordnung). Éste contempla *la renuncia* del Ministerio Fiscal o del órgano judicial *a la persecución penal tras la compensación extrajudicial del hecho*: es decir, para el supuesto de que el imputado y la persona afectada alcancen un acuerdo de reparación del daño merced a la intervención mediadora del llamado “regulador del conflicto”. No obstante, a tales efectos será preciso que el acusado esté dispuesto a asumir el hecho delictivo y a confrontarse con sus eventuales consecuencias; que realmente consiga compensar éstas de una forma adecuada a las circunstancias, en especial reparando el daño ocasionado o contribuyendo de algún otro modo a equilibrar dicho resultado; y que en caso necesario satisfaga determinadas obligaciones por medio de las cuales venga a manifestar que, en el futuro, está dispuesto a omitir aquellos hábitos de comportamiento que le condujeron a perpetrar el delito. Y dicha decisión podrá ser adoptada tanto por el Fiscal, siempre y cuando aún no haya elevado acusación pública, como, en caso contrario (una vez planteada la misma o aun solamente iniciada la instrucción penal), por el Juez o Tribunal a instancias de ése, pudiendo entonces suspenderse la continuación del proceso (§ 90. b y .l öStPO).

39 WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, *cit.*, pág. 42, en relación con el § 46 a del StGB germano, considera tal posibilidad hermenéutica como una más “entre las vías sistemáticas explorables” al objeto de buscar un acomodo dogmático a la reparación postdelictiva.

40 Solución esta, la del archivo del procedimiento, muy extendida en la legislación procesal alemana (entre otras) para los supuestos de “falta de interés público en la persecución del caso concreto”, pero ausente hasta ahora de la normativa española: viene a suponer una flexibilización del principio de *legalidad* en favor del de *oportunidad*, y tendría efectos “desjudicializadores” en el ámbito penal y de aligeramiento en la carga de trabajo de los tribunales. Varios autores, como TAMARIT SUMALLA, la defienden a modo de opción idónea para determinados delitos (hurto, robo con fuerza en las cosas, daños, tipos fiscales, contra el honor, etc.), exigiendo a ese objeto que en el ejemplo concreto la *reparación* de las consecuencias del hecho haya tenido lugar de forma adecuada. No obstante, tal posibilidad *de lege ferenda* suscita ciertas dudas, como la de sus condiciones exactas de utilización, su difícil aplicación a los casos de tentativa o a los de insolvencia del culpable, su delimitación respecto de las hipótesis de “*renuncia a la pena con pronunciamiento de la culpabilidad*”, o de las *excusas absolutorias*, etc. Sobre ello informa PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 417 y 418.

41 De dicha fórmula hace mención también HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edit. Edersa, Madrid, 1996, págs. 241 y 242. Esta autora, además de a la posibilidad de mediación durante el mismo proceso judicial, en el momento previo a la sentencia y con posibilidad de archivar las actuaciones y suspender el fallo si se llega a un acuerdo, se refiere también a la opción más radical de “solución extraprocesal”, cuando dicha conciliación se produzca, a propuesta del Ministerio Fiscal, antes siquiera de iniciar el proceso, de modo que el éxito de las negociaciones suponga la renuncia oficial a la acción penal. Por su parte, ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 263, centrándose en la institución legal del *perdón del ofendido* (art. 130.5.º CP) como motivo de archivo o sobreseimiento del proceso para delitos de perseguibilidad *privada*, contempla la opción de aprovechar aquel mecanismo del acuerdo de reparación entre la víctima y el agresor como fase previa, a nivel *informal* y *material*, para la adopción de esa otra decisión *formal*, por parte de la víctima, en torno al desistimiento de la persecución penal. De ese modo, desde el punto de vista formal y legal tan sólo existiría el acto *unilateral* del perdón, aunque éste de hecho estuviera sustentado sobre un convenio previo entre ambos interesados. A su vez, comenta ALONSO que, incluso en el marco de ciertos delitos *públicos*, como algunos contra el patrimonio, resulta frecuente que una reparación extraprocesal por parte del imputado en beneficio del perjudicado dé lugar a la cancelación oficial del proceso (por archivo de la causa, por reforma del auto de procesamiento o por sobreseimiento, en función del momento procesal en el que tenga lugar dicho acuerdo), ante el deseo del querellante y ofendido de retirarse del mismo, por más que tal mecanismo carezca de cobertura legal alguna (págs. 261 y 262).

A su vez, idéntica alternativa de *renuncia a la elevación de acusación pública*⁴² permite la legislación vigente en Alemania, por medio del § 153b de su *Strafprozessordnung*, que se ha de poner en relación con el § 46a del *Strafgesetzbuch*⁴³. En efecto, autoriza ese parágrafo 153b StPO a prescindir de la persecución del delito o a interrumpir el proceso, aunque siempre con anterioridad a la iniciación del juicio oral (por decisión, respectivamente, bien del Fiscal o del Órgano judicial competente, pero con consentimiento de ambos en todo caso⁴⁴), en el supuesto de que concurra alguna de las circunstancias bajo las cuales es posible legítimamente *renunciar a la pena*: entre ellas, pues, también en el contexto dibujado por el 46a StGB. De acuerdo con éste, el autor deberá haberse esforzado por reparar el daño ocasionado y por compensar su acto delictivo, o, eventualmente, en caso de que dicha reparación del daño le haya exigido importantes prestaciones o renunciaciones personales, por indemnizar en todo o en su mayor parte a la víctima. Por otro lado, aquella suspensión del procedimiento o dejación de la acción de persecución penal (dependiendo del momento procesal exacto en el que se adopte la resolución) podría tener lugar igualmente a través del mecanismo previsto en el § 150a (1) 5. StPO, para esos casos en que se estime que bastará con asignar una serie de deberes e indicaciones al imputado en orden a superar y eliminar el posible interés público que pueda suscitar la persecución de su conducta delictiva; siempre y cuando, no obstante, la gravedad de la culpabilidad personal no se oponga a ello (por ejem-

plo, mientras que el autor esté libre de antecedentes penales). Y entre esas diversas prestaciones a las que puede instarse al acusado se encuentra precisamente la de “esforzarse seriamente por alcanzar una compensación con el lesionado y de esa forma reparar o tratar de reparar, en todo o en su mayor parte, el hecho cometido”.

Del mismo modo, la Ley española de responsabilidad de los menores, 5/2000, de 12 de enero, configura “la conciliación o reparación entre el menor y la víctima” como motivos de “sobreseimiento del expediente”. A partir de tales mecanismos, pues, el Ministerio Fiscal no llega a incoar el procedimiento, sino que se produce una renuncia institucional a la acción de responsabilidad penal. Así, señala el art. 19 de la Ley que este órgano podrá “desistir de la continuación del expediente”, atendiendo para ello no obstante a otras variables como la ausencia de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos y la menor gravedad de éstos, que no deben superar la entidad propia de una falta o un delito menos grave. Y en último término, una vez que se haya producido convenientemente la conciliación y se hayan satisfecho los compromisos de reparación, si no acontece ninguna otra eventualidad el Fiscal “dará por concluida la instrucción y solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”⁴⁵. De esta forma, pues, el proceso de mediación en la justicia española de menores coincide en sus características con la mayoría de las iniciativas similares localizadas en Europa y Norteamérica⁴⁶.

42 Por otro lado, ciertas semejanzas con dicha posibilidad técnico-jurídica de *renuncia al ejercicio de la acción penal* podrían apreciarse en el denominado *acto de conciliación*, como trámite que se exige para la admisión de la *querrela* y la iniciación consiguiente del proceso penal en el ámbito de los delitos *privados* —es decir, la injuria y la calumnia—. Así, a tenor del art. 278 de la LECrim, “si la querrela tuviere por objeto algún delito de los que solamente puedan perseguirse a instancia de parte..., acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado” (léase también, específicamente para injurias y calumnias, el art. 804 LECrim). En definitiva, de producirse una avenencia entre ambos con anterioridad a la iniciación del procedimiento y a cualquier actuación procesal (carácter extraprocesal), y ante el Juez actuando a modo sólo de homologador, ese acuerdo tendrá *per se* el efecto *reglado* de impedir la incoación de la acción penal por calumnia o injuria, de imposibilitar que ulteriormente se promueva la querrela, por lo que equivale plenamente a una sentencia definitiva, con eficacia ejecutiva. Hasta ese punto, pues, resulta cierto que el acto de conciliación para delitos privados recuerda en su naturaleza a un imaginable programa de mediación legalmente previsto y dirigido a la “desjudicialización” de la resolución del conflicto penal, si bien en aquel primer caso la decisión corresponde fundamentalmente a las partes, mientras que en un sistema de mediación para delitos públicos o semi-públicos, pese a la similar necesidad de acuerdo entre ofensor y ofendido, la valoración y decisión últimas sobre la interrupción del procedimiento emanarían del Fiscal o del Juez, en función del momento procesal. Cfr. ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, cit., págs. 243 a 248.

43 A ello se remite WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, cit., pág. 42, “como solución intermedia” que podría adoptarse.

44 En esta segunda hipótesis de interrupción del procedimiento ya comenzado, el Juez o Tribunal tendrá que contar además con la aquiescencia del propio imputado.

45 A su vez, por lo que respecta a la implantación de este sistema en la práctica, por regla general los encuentros entre cada una de las partes y el mediador, o entre ellas mismas, ya sea de forma directa o indirecta, se efectúan con anterioridad a la comparecencia del menor infractor ante el juez, si bien a este respecto la normativa no excluye otras opciones, como la de proceder a la mediación una vez que se ha emitido la sentencia: sobre ello, *vid.* CLEMENTE MICÓ, Esteban y LÓPEZ LATORRE, M.^a Jesús, “*Programas de mediación en el ámbito penal juvenil*”, en *Boletín Criminológico (BC)*, editado por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, n.º 51, Enero-Febrero 2001, págs. 2 a 4.

46 En el marco de la legislación penal italiana, por ejemplo, según indica ESPOSITO, E., “*La mediazione penale minorile...*”, cit., pág. 2, en el procedimiento para delincuentes jóvenes se permite también decretar la *suspensión del proceso* y el *sometimiento* del supuesto a *prueba* de acuerdo con el art. 28 del Código italiano de procedimiento penal de menores (D.P.R. n.º 448 de 1988), en el

Finalmente, como tercera solución imaginable para un sistema de mediación penal, cabría también optar por la efectiva terminación del proceso seguida de un *pronunciamiento de la culpabilidad* del autor, de manera que la operatividad de una conciliación y posterior reparación del daño quedaría reducida a la simple *renuncia a la pena*, a la mera suspensión de la ejecución de ésta o, incluso, a una atenuación de su intensidad⁴⁷. De hecho, nuevamente la normativa germana nos ofrece un ejemplo de esta elección interpretativa, al disponer el mencionado § 46a StGB, referido a la “compensación del autor a la víctima”, como primera y fundamental posibilidad de la de que dicho intento de reparación, ya sea fructífero o no, conduzca al Tribunal a “prescindir de la pena”, siempre que el límite máximo legal de ésta no trascienda el año de privación de libertad o la cantidad de 360 días-multa, o a atenuarla de un modo especial⁴⁸. Mas en cualquier caso, el fundamento de tal dis-

posición enlaza con la prevención *general*: por lo tanto, si puede obviarse el recurso a la pena será porque, efectuada la reparación, deja de resultar imprescindible dicha represión estatal⁴⁹. De ahí que esta posibilidad quede restringida a la esfera de delitos menos graves, lo que se especifica por la mención del límite superior de 1 año de prisión o 360 días-multa, sanción máxima que podrán llevar aparejada los tipos incluíbles en este sistema.

En conclusión, poniendo en relación las dos últimas alternativas político-criminales enunciadas⁵⁰, parece evidente que la virtualidad exonerante de ese método de la mediación destacaría mucho más en caso de habilitarse como una vía de interrupción del proceso judicial-penal, en la medida en que justificara el *sobreseimiento* de éste⁵¹. Así, con bastante probabilidad constituiría ésa la opción más radical en orden a convertir tal mecanismo en una auténtica “desviación” de la forma clásica de terminación

cual se prevé expresamente, por lo demás, la posibilidad de una reparación y conciliación entre víctima y agresor; por el contrario, las intervenciones de mediación para adultos se incardinan “en el amplio espacio de las *medidas alternativas*”.

47 Según afirma TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La víctima en el Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 219, dicha solución, adoptada por el Código penal francés (arts. 132.59 y 60), de dispensar de la pena, aplazar el cumplimiento del fallo o suspenderlo una vez ya declarada la responsabilidad del autor y con base en la reparación efectuada por éste, fue rechazada como opción en el proceso legislativo de creación del Código Penal español de 1995, ya que, supuestamente, el procedimiento judicial penal tal y como consta regulado en la LECrim no reconoce la posibilidad de separar la declaración de culpabilidad, de un lado, y la imposición de la pena, por otro. Da cuenta también de la inexistencia en nuestro Ordenamiento de tal técnica PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 413 y 414: no contamos con instrumentos intermedios entre las causas tasadas de *exclusión de la pena o de la punibilidad (excusas absolutorias) y la suspensión de la ejecución de la pena*.

48 Y, al parecer, tal y como indica WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, pág. 75, en el Ordenamiento jurídico alemán existen otros ejemplos legales en los que se recomienda emitir un pronunciamiento de la culpabilidad con renuncia a la pena o atenuación de la misma, en base al “menor injusto” o a la “culpabilidad disminuida” del responsable. Tal abanico de opciones evidenciaría, a juicio de WOLTER, una cierta carencia de un modelo conceptual por parte del legislador penal germano.

49 En palabras del mismo WOLTER, J., *ibidem*, pág. 76, *sensu contrario*, no puede aplicarse esa renuncia a la pena “cuando la punición es imprescindible... para influir en la sociedad o, desde la *perspectiva preventivo-general*, para influir en el autor” (*vid.* también pág. 79). De modo parecido, afirma ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 93 y ss., según un enfoque preventivo-general, que la atenuación o exención de pena en que se traduzca la *reparación* deberá responder al hecho de que ésta implique una *menor necesidad de sanción* por haber reducido la lesión de la vigencia de las normas que en un primer momento produjera la conducta delictiva.

50 Ambas posibilidades se permiten también, conforme a la información proporcionada por UMBREIT, Mark S., y BRADSHAW, William, “*Victim experience of meeting adult versus juvenile offenders: a cross-national comparison*” (1997), en *Mediation theory and practice*, ALFINI/PRESS/STERNLIGHT/STULBERG, Edit. Lexis Publishing, Newark/San Francisco, 2001, pág. 539, en los Estados Unidos: a saber, en los programas que allí se desarrollan la mediación puede funcionar, en primer lugar, como verdadera alternativa a la persecución penal del caso, de modo que si se elabora y se satisface plenamente un acuerdo entre la víctima y el agresor, se retirarán todos los cargos. En otros programas, por el contrario, la remisión de las causas a este procedimiento tendría lugar más bien después de que el tribunal “haya aceptado una admisión formal de culpabilidad” (emitida la misma por parte del imputado), convirtiéndose entonces la *mediación* en un requisito para decretar, siempre que la víctima se manifieste conforme con ello, la suspensión condicional de la ejecución de la pena con puesta en libertad del responsable (lo que se conoce en el *Common Law* como *probation*). Podríamos entonces aproximar esta segunda variante a la de “pronunciamiento de la culpabilidad con renuncia a la imposición de la pena”. Y finalmente, también pueden encontrarse en los distintos estados federales sistemas de mediación que combinan ambos “niveles”, el de la renuncia a la persecución y el de la llamada “*post-adjudicación*”.

51 A favor de tal alternativa *de lege ferenda*, si bien preferentemente limitada a delitos menos graves, *vid.* PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 413 y 414, o TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima...*, *cit.*, pág. 223: éste apuesta por ampliar el número de casos (legalmente tasados en el art. 637 LECrim) en los que puede decretarse el *sobreseimiento libre* del proceso también a los supuestos de compensación o reparación total o muy importante del autor a la víctima en delitos como los patrimoniales, sobre todo, o los que atentan contra intereses colectivos (el medio ambiente, la ordenación del territorio, la Hacienda pública, etc.).

del juicio criminal (con la adjudicación y comienzo de ejecución de una sanción), integrando entonces los genuinos valores del llamado *paradigma restaurador*⁵². De ese modo, la *renuncia a la persecución penal* supone una situación notablemente más ventajosa para el imputado que cualquier otro eventual desenlace del proceso, ya que a partir de dicha decisión queda excluida la celebración del juicio oral y, en consecuencia, también cualquier posible pronunciamiento oficial de culpabilidad o imposición de pena, siquiera sea “espiritualizada”. De ahí que sólo debiera recurrirse a este instituto procesal en aquellos ejemplos de la práctica que revelaran un contenido sensiblemente menor de desvalor penal⁵³.

Por otro lado, si como decimos se decidiera adoptar, de entre las soluciones dogmáticas expuestas, la que

considera la *mediación* como una vía de *sobreseimiento del proceso*, parece ser que ello implicaría otorgar a dicho mecanismo una naturaleza preferentemente procedimental y no sustantiva. A saber, algunos autores anglosajones habrían dudado acerca de la conveniencia de configurar la citada conciliación como *una sanción* o *una parte de la sanción* en sí misma (con lo cual estaríamos al mismo tiempo decidiendo que se trata de una pena propiamente dicha o de un sustituto penal) o, en cambio, valorarla más bien como una forma de procedimiento⁵⁴, es decir, una *parte del proceso de decisión* acerca de cuál ha de ser la consecuencia jurídica aplicable, acordándose finalmente, por ejemplo, la imposición de una actividad de reparación⁵⁵. Y en conexión con este ítem, numerosas opiniones han señalado la im-

52 En este mismo sentido, el Ordenamiento penal *polaco* permite, si el programa de mediación finaliza con un resultado positivo, que el órgano judicial competente elija entre, por un lado, emitir una *sentencia que incorpore* los términos del *acuerdo alcanzado* entre las partes (a saber, reparación del daño, compensación del perjuicio moral, servicios comunitarios, obligación del agresor de someterse a una terapia de desintoxicación o de pedir disculpas a la víctima, etc.), ya sea esto *con o sin* la realización de un *juicio previo* (vg., no habrá tal proceso cuando las partes se sometan voluntariamente a dicho convenio como un efecto colateral del proceso de mediación), o por otro lado, decretar la *suspensión* condicional o incondicional *del procedimiento*. Esta última posibilidad llevará, pues, a la significativa consecuencia de que el sistema judicial *renuncie al ejercicio efectivo de la acción penal*, lo que, en efecto, implica un trato mucho más beneficioso para el responsable que cualquiera de las demás opciones. Vid. CZWARTOSZ, E., “*Victim-offender mediation. Short notes from Poland*”, cit., págs. 1 y 2, basándose en un informe de 2004 a cargo del Ministerio de Justicia polaco sobre la mediación penal en aquel país. Y conforme a los datos indicados por la misma autora para el año 1999, el 60,1 % de las causas tramitadas por mediación habrían concluido con la declaración por parte del juez de la *suspensión del procedimiento penal*, bien de modo condicional o incondicional, aunque no en todos los casos dicha resolución llegara a hacer una mención específica a los términos del acuerdo adoptado (pág. 3).

53 Vid. WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, pág. 78: según este autor, los criterios que en general pudieran legitimar una elección del *sobreseimiento* procesal en lugar de la opción de *renunciar* meramente a la *pena* serían el de especial menor culpabilidad del autor, o la “concurrencia de culpa” proveniente de la víctima; el especial menor desvalor de la acción y/o del resultado; la ausencia de un interés público en la persecución penal; que el delito no lleve aparejada una “pena mínima agravada” y que el autor, en su caso, compense dicho interés público a través de un *comportamiento posterior* al hecho; que se trate de un delito perseguible sólo a instancia de parte; la ausencia de una especial sensibilidad en la Comunidad; la ausencia de una segunda incriminación (es decir, condición de delincuente *primario* en el autor); que no existan (ulteriores) necesidades desde el punto de vista de la prevención especial o general que exijan un pronunciamiento de culpabilidad con renuncia a la pena; que la sanción en principio aplicable resulte claramente inferior a la medida límite para la renuncia a la pena, etc. (cfr. págs. 79 y 80).

54 De cualquier forma, como premisa inicial debe señalarse la diversidad existente entre este modelo de la mediación y la técnica procesal para la terminación anticipada del procedimiento conocida como *sentencia por conformidad*. En efecto, a tenor del art. 791.3 LECrim la conformidad, figura fundamentada en los principios de *oportunidad* y *economía procesal*, es un acto unilateral por el que *el acusado reconoce y acepta la pena más alta de las solicitadas por la acusación*. Con ello se pretende evitar la fase del juicio oral, la más compleja y dilatoria del proceso penal. Tal posibilidad, prevista exclusivamente para los delitos de menor entidad y de importancia social sólo relativa, podría ser empleada únicamente en el marco del procedimiento abreviado. Y de acuerdo con tales características, tampoco sería del todo similar a los mecanismos propios del “Common Law” como el “guilty plea” inglés o el “plea bargaining” americano, con los que podría relacionarse, ya que en el supuesto español, a diferencia de esos otros, no se produce ninguna transacción jurídico-procesal entre el acusado y la acusación, más que la mencionada aquiescencia por parte del imputado. Vid. RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Iurgium, Madrid, 2000, págs. 224 y ss. No obstante, como ya se ha señalado (*supra*, pág. 13, nota 42), mayor similitud con la idea de la mediación como vía de suspensión o de renuncia a la persecución penal presenta la institución del “acto de conciliación”, requisito previo para la estimación judicial de la querrela en los delitos perseguibles a instancia de parte (arts. 278 y 804 LECrim).

55 A propósito de esto, critica WRIGHT, Martin, en “*The Court as last resort. Victim-Sensitive, Community-Based Responses to Crime*”, *TBJC* 2002, Vol. 42, págs. 654 a 666 (661), que en la legislación británica sobre justicia penal juvenil, concretamente en la *Crime and Disorder Act* de 1998, la mediación sólo se cita como “una opción que se puede incluir en el plan de reparación” (es decir, entiendo, como una posible “sanción”), olvidándose que también ha de ser *una parte del proceso de decisión* acerca de cuál ha de ser finalmente la pena. De ese modo, a juicio de WRIGHT, aunque sí se habría tenido en cuenta que la mediación ha de ir unida a la sanción, no se habría incluido el otro aspecto igualmente esencial: a saber, que la mediación también es un *proceso* y, como tal, ha de ser *restauradora* para el ofensor, debiendo orientarse la actividad de reparación hacia sus intereses, de tal manera que éste logre reaceptación y respeto social.

portancia esencial, incluso preeminente del mismo *proceso* restaurador en sí, frente al concreto *resultado* o acuerdo que por él se obtenga: así, se dice, cuanto más *restaurador* resulte el procedimiento mejor será el balance último del sistema⁵⁶. En consecuencia, supuesto que dicha conciliación integre un verdadero mecanismo procesal, sería factible igualmente estimarla como un trámite *sustitutivo* del procedimiento judicial formal y habitual, a modo de *causa de no iniciación* o de *suspensión* del mismo.

Pues bien, en caso de implantarse tal concepción *también* en el ámbito de la justicia penal de adultos, sería de esperar un efecto desjudicializador y de descarga de los tribunales⁵⁷. Conforme a este aspecto, las posturas político-criminales más optimistas y de vanguardia tendrían que pasar por defender una configuración tal de la técnica mediadora como alternativa real e inmediata al proceso. Y en caso contrario, dicho mecanismo no recibiría más espacio que el que se presume en un procedimiento paralelo al propio juicio, de modo que, obtenido a través del mismo un resultado favorable de acuerdo, disculpa, etc., entre ofensor y ofendido, correspondería a los órganos enjuiciadores efectuar una declaración de culpabilidad de aquél para, acto seguido, manifestar la renuncia pública a la sanción y su reemplazo por el convenio de reparación establecido, o bien la suspensión de la ejecución de la pena finalmente impuesta. Con ello nos estaríamos ya desplazando hacia la fase tercera de fijación judicial de la sanción, con lo cual las citadas consecuencias beneficiosas tanto para el acusado como en orden a una mayor fluidez en el “tráfico” procesal resultarían

sensiblemente menores. Pero de cualquier manera, incluso considerando el método de la mediación como una vía de interrupción del proceso judicial antes o después de la iniciación de la vista oral, lo cierto es que esta “tercera vía punitiva” seguiría siendo igualmente un mecanismo no del todo *informal*, sino integrado en el procedimiento penal y realizado a instancias y bajo control de los órganos de aplicación del Derecho –magistrados y fiscales–, con la sanción o reconocimiento último del juez competente⁵⁸. Por consiguiente, tal solución continuaría alejada por el momento de otras posibilidades de conciliación *extraprocetal*, en la línea de una auténtica *privatización* del Derecho penal⁵⁹.

No obstante, justo es decir que en los últimos tiempos, algunos de los estudiosos de esta materia de la mediación han pensado seriamente en utilizar dicho mecanismo como punto de apoyo para otra línea distinta de moderada *privatización* en algún sector del Derecho Penal. Se trataría, en fin, de reconducir al procedimiento de *perseguidibilidad privada*, por la vía de la querrela, ciertos delitos (como los más leves contra el patrimonio) cuya escasa relevancia convierte en desproporcionada e inútil una pena demasiado elevada y deliberadamente estigmatizante. Por consiguiente, se propone como alternativa asignar esos supuestos a programas de *mediación* entre el perjudicado y el infractor, considerados como un instituto “extra-sistémico” en el Ordenamiento penal, de tal forma que imperen los fines restauradores frente a otros. E indudablemente, tal política “deflacionaria” y “parcialmente despenalizadora”, de “racionalización interna del Derecho Penal”, habría de resultar igualmente muy prác-

56 Consúltese, por todos, ELONHEIMO, Henrik, “*Restorative Justice theory and the finnish mediation practices*”, pág. 2, ponencia presentada en la 3.ª Conferencia Anual de la Sociedad Europea de Criminología (Helsinki, agosto de 2003), y recogida en la página web *Restorative Justice on line* (www.restorativejustice.org), ya mencionada, correspondiente a la *Asociación Internacional de Prisiones* (PFI). Del mismo modo proclaman UMBREIT, M.S., y BRADSHAW, W., “*Victim experience of meeting adult...*”, *cit.*, págs. 539 y 540, que, frente a otros mecanismos de mediación en el marco del Derecho civil de familia, o laboral, etc., la mediación *penal*, entre víctima y agresor, se halla mucho más dirigida a posibilitar un *diálogo* entre las partes que a obtener un *acuerdo de reparación*, siendo sus objetivos principales el que la víctima se recupere, que el agresor tome conciencia de la trascendencia de su conducta delictiva y que se restaure en alguna medida el daño. A través de ese diálogo, en definitiva, se afrontarán las necesidades emocionales de la víctima y surgirá en el culpable un sentimiento de empatía hacia ésta que reducirá sus probabilidades de reincidencia en el futuro. Señala asimismo la importancia esencial del proceso de diálogo LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 443 a 445.

57 Así sucede en Austria, cuya Administración judicial penal para adultos llega a decretar, por esta vía de la mediación, el sobreseimiento de una media del 70% de los procesos. *Vid. infra*, págs. 35 y 36 y notas 107 y 108. No obstante, se ha negado que dicho objetivo *descriminalizador* o de descarga de la Administración de Justicia, aun siendo el fin práctico que por lo general persiguen las políticas criminales favorables a la reparación como alternativa a la sanción habitual, pueda en absoluto justificar la procedencia de esa nueva técnica desde el punto de vista *penal*. Por todos, *vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, *cit.*, págs. 492 y 493.

58 A favor de tal opción, claramente, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, pág. 202. Sin embargo, a juicio de ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, *cit.*, pág. 255, el hecho de que el Juez o el Fiscal se reserven la facultad de “ajustar” el acuerdo de reparación acordado o de decidir finalmente si éste justifica el sobreseimiento del proceso o la renuncia a la pena, va a reducir en gran medida el margen de relevancia que en realidad tenga *la voluntad de las partes*.

59 *Vid.* HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, pág. 237.

tica, así como acorde con los principios de fragmentariedad y carácter de *ultima ratio* de éste⁶⁰.

Por el contrario, en definitiva, y tal es la razón de que esta que sigue me parezca, *a priori*, la solución más apropiada, si el legislador finalmente optara por configurar la mediación como un mecanismo de *renuncia a la pena*, ya en la etapa última de *determinación* de la misma, ello permitiría al juez o tribunal efectuar en primer lugar una declaración acerca de la responsabilidad penal del acusado, para dar paso a continuación a un programa de conciliación y búsqueda de un acuerdo entre agresor y perjudicado⁶¹. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que la simple ma-

nifestación pública de culpabilidad, por más que no llegue a imponer la pena, ya “realiza parcialmente, a pesar de todo, los fines del proceso”, así como “también se cumplen en un primer nivel los fines de la pena desde el punto de vista de la prevención especial y general”⁶². En consecuencia, tal vez por medio de esta técnica procesal lograra introducirse tan novedoso sistema, apaciguando al mismo tiempo los probables recelos que la clase judicial y la opinión pública pudieran plantear ante un hipotético “reblandecimiento” de la presión social contra la criminalidad, así como las comprensibles reticencias de la víctima a no recibir una satisfacción “moral” en forma de condena⁶³, o las

60 Vid. MANNOZZI, Grazia, “Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale”, en *Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa: Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, VV.AA. (coord. por DE FRANCESCO/VENAFRO), Edit. G.Giappichelli, Turín, 2002, págs. 126 y 127: tal política-criminal evitaría además la alarma social que habría de ocasionar una “despenalización seca” de esos tipos, en la medida en que existe un consenso general acerca de la necesidad de tutelar penalmente el patrimonio, sobre todo cuando el daño se produzca por medio de conductas violentas. Del mismo modo, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, cit., págs. 491 a 496: *de lege ferenda*, para esos ilícitos de gravedad menor la reparación cubriría con la intensidad suficiente las pertinentes necesidades preventivo-penales. Y a su vez, desde el punto de vista práctico, el método del delito privado, puesto que deja en manos de la propia víctima la decisión de perseguir la conducta y de aplicar la pena (figura del perdón), favorece que ésta y su agresor lleguen a una reconciliación y a un acuerdo. En definitiva, ALONSO supedita la posibilidad de aplicar ese régimen *privatizado* al requisito de que la simple reparación satisfaga en tales ejemplos los fines penales y baste como sanción independiente y alternativa a la pena; en mi opinión, sin embargo, tal planteamiento no excluye que la reparación pueda asimismo extenderse, en su caso, a infracciones perseguibles de oficio. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, “Sobre la relevancia...”, cit., pág. 202, se expresa en contra de las corrientes que él denomina *privatizadoras* y *despenalizadoras*, que, según su postura, no tendrían nada que ver con el modelo de reparación que él propugna, inserto en el Derecho penal clásico de los fines tradicionales de la pena (aquéllas otras, en cambio, tratarían de prescindir del *ius puniendi* estatal, dando lugar a simples transacciones entre particulares). No obstante, es más que probable que SILVA no esté pensando aquí en esta iniciativa de relativa despenalización y de conversión de ciertos ilícitos en delitos perseguibles a instancia de parte, que venimos comentando, sino más bien en las propuestas, mucho más radicales y antiformalistas, de eliminación parcial del Derecho penal *formal* y de *iusprivatización* de determinadas infracciones, hasta ahora de rango penal.

61 De hecho, acaba señalando WOLTER, J., “Estudio sobre la dogmática...”, págs. 37 y 38, que los supuestos de compensación del autor a la víctima previstos en el citado § 46a StGB, que han dado lugar a los denominados programas de “Täter-Opfer-Ausgleich” o TOA, entrarían ya más bien dentro del sistema de *renuncia a la pena*, en la fase 3.ª o de determinación de ésta (*sancionabilidad* de la conducta), según su propia clasificación tripartita. A su juicio, en el § 46a StGB “una disminución del injusto y la culpabilidad orientada en forma preventiva es llevada al plano de la necesidad de pena, “prolongado” en el sistema de determinación de la pena”. Es decir, entiendo, que si se puede acudir al sistema de TOA es porque una menor necesidad de pena (1.ª fase, relativa a las causas *materiales* de exclusión de la pena), llevada al ámbito de la fijación de ésta (3.ª fase, de determinación de la sanción), permite renunciar a la misma sustituyéndola por un mecanismo alternativo.

62 WOLTER, J., *ibidem*, pág. 78.

63 A ese respecto, parece dudoso que la víctima, en el sistema judicial-penal español y sobre todo en el ámbito de juego de nuestra cultura, vaya a renunciar en todo caso *voluntariamente* a su (¿legítima?) expectativa al castigo del agresor, y que se avenga a negociar con él y a que éste “escape” a la presión habitual de todo el aparato represivo penal: juicio público, declaración pública de culpabilidad y de la condena, etc., habida cuenta de la importancia decisiva que las formas y la terminología tradicionales cumplen en este marco. (Vid. también, en este punto, SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, “Sobre la relevancia...”, cit., pág. 201, acerca de la importante *carga simbólica* que aporta el que la reparación se imponga en el marco del proceso judicial penal). Entre los defensores de la Justicia restauradora, ha admitido por ejemplo HUDSON, B., “Restorative justice...”, cit., pág. 629, que el proceso judicial penal convencional aún se reconoce como la mejor (la única) forma de demostrar que la sociedad se toma en serio el delito cometido. A pesar de todos los logros conseguidos por el nuevo sistema en cuanto a la reducción efectiva de la reincidencia y a pesar también de que el método tradicional ha fracasado repetidamente en la resocialización del delincuente o en la construcción de una sociedad realmente más segura, lo cierto es que aún pervive la exigencia de una *condena autoritaria* del comportamiento desviado. Y no es de esperar, dice HUDSON, que la víctima desista ni de la posibilidad de incoutación del agresor ni de la posibilidad de que inter venga la máxima autoridad reprobando oficialmente el delito. Sin embargo, según afirma PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, cit., págs. 371 y 372, a tenor de ciertos estudios tendría más de mito que de realidad la tan comentada demanda ciudadana, en especial de las víctimas, de una respuesta punitiva contundente: dicha actitud “vengativa” es más bien relativa, y sorprendentemente menor entre personas que ya han sido por su parte objeto de algún delito (vid. *infra*, pág. 63, nota 200).

críticas de la dogmática penal frente a posibles contradicciones con las exigencias de proporcionalidad, justicia, prevención general o especial, entre otras. Y en último término, esa reparación postdelictual podría considerarse como un modo de *compensar el interés público en la persecución del delito*, con lo que quedaría justificada la “renuncia” a una aplicación de pena en sentido estricto⁶⁴.

Una vez abordado el primer obstáculo interpretativo en torno al género jurídico de la institución, la mediación en el marco penal encierra otra preocupante contradicción básica con el sistema: en particular, si consideramos que tal figura se fundamenta originalmente en el principio de la *autonomía de la voluntad* de los ciudadanos, de su *libertad contractual*, característico del Derecho privado pero *a priori* ajeno al Ordenamiento jurídico-penal como sector comprendido dentro del Derecho Público, en el que impera el sometimiento a la voluntad legislativa⁶⁵. Así, la mediación en principio persigue que los propios afectados, sin terceros que impongan su punto de vista, elaboren una salida extrajudicial para su conflicto: es la búsqueda común, unitaria y con total transparencia de un acuerdo

que goce de la máxima aceptación posible por parte de los dos intervinientes⁶⁶. Por consiguiente, a través de este mecanismo se pretende la adopción de una solución *única y expresa, particular y específica* para ese caso individual; *autorresponsable, sostenible, liberadora, factible, satisfactoria*, y en la medida de lo posible, con un beneficio personal y material para cada una de las partes⁶⁷.

Pero, ¿se adecua acaso esta forma de actuación a los criterios que son *característicos* del proceso judicial criminal?⁶⁸ De hecho, se ha señalado que dichos métodos de Justicia restauradora, en general, suponen una *redefinición del rol de los representantes del Estado* en la Administración de Justicia penal (hasta el momento encargados de *decidir* cómo poner fin al litigio)⁶⁹, es decir, una *“recolocación de la autoridad sobre la respuesta frente a la criminalidad”*. A partir de ahora, la infracción dejaría de verse primordialmente como un atentado contra el propio Estado, y se devolvería el protagonismo a los principales afectados: a saber, la víctima, el agresor y las comunidades “de tutela” de éstos⁷⁰. Los representantes estatales deberían limitarse en adelante a proporcionar información y recursos a esas otras par-

64 Igualmente, tal posibilidad de reducir la intensidad de la sanción penal atendiendo a la conciliación entre los afectados podría consistir simplemente en una *atenuación* de la pena que correspondería en circunstancias “habituales”. En este sentido, de acuerdo con WOLTER, J., “*Estudio sobre la dogmática...*”, págs. 76 y 77, los criterios para decidir entre una *atenuación* o la *renuncia* absoluta a la pena serían los del grado de culpabilidad del autor, el contenido de desvalor penal del hecho, la gravedad del delito de acuerdo con la pena que lleve asignada y, en especial, el alcance de la reparación que haya cumplimentado ya el responsable en favor de la víctima. Así, en el plano del § 46a StGB, si se ha producido una reparación el tribunal podrá renunciar radicalmente a la pena. Por el contrario, si no ha tenido lugar dicha reparación o si la misma sólo ha sido parcial (o cuando, por las razones que sea, no pueda prescindirse de todo castigo), únicamente podrá apreciarse una *atenuación*, siempre y cuando se siga cumpliendo el requisito de que la *pena* aplicable al delito *no sea superior a un año de prisión*. Y así, se dice que gracias a tal § 46a StGB conectan “una perspectiva reparadora” y “una perspectiva preventivo (general)”.

65 Ciertamente, se da el caso de algún legislador, como el argentino, que, habiendo promulgado para el plano de la jurisdicción *civil* una llamada *Ley de Mediación* (concretamente la n.º 24.573, en vigor desde el 23.4.1996) y estableciendo dicha conciliación como fase previa obligatoria para la mayoría de los procesos judiciales *civiles*, sin embargo ha excluido expresamente las causas *penales*, sin excepción de ningún tipo, del marco de aplicación de tal método (art. 2 de la Ley). La razón principal para esta decisión habría sido la de *reservar el ius puniendi al Estado en los casos que pueden afectar al interés general y a la seguridad y el orden público*. Vid. SIEVERS, N., *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit...*, *cit.*, págs. 85 y 86: esta autora, sin embargo, critica similar opción sobre la base de que, al menos en cuanto a los delitos *privados*, al depender su enjuiciamiento procesal exclusivamente de la víctima o afectado, no se ve entonces cómo la posibilidad de acudir a la *mediación* para terminar el conflicto podría menoscabar la prerrogativa penal del Estado, cuando ni siquiera lo hace la vigencia de dicho régimen procedimental “privatizado”.

66 Cfr. con la definición que proporciona la página web oficial del Ministerio Alemán de Justicia, *Bundesministerium für Justiz, BMJ*. 67 Cfr. SIEVERS, N., *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit...*, *cit.*, págs. 29 a 40.

68 En fin, ¿sería posible imaginar a los representantes del Estado, miembros de la Magistratura o del Ministerio Fiscal desempeñando tareas de mediación, al objeto de indagar a partir de las manifestaciones personales de la víctima y del agresor sus verdaderos deseos e inquietudes, a fin de extraer de tales expresiones acerca de sentimientos y experiencias cuál será la solución que responda más exactamente a sus auténticos intereses, que satisfaga en mayor medida su consenso común?

69 *Id.*, acerca de la legislación neozelandesa, MORRIS, A., “*Critiquing the critics...*”, pág. 598.

70 Tal es la opinión de ASHWORTH, A., “*Responsibilities, Rights...*”, *cit.*, págs. 580 y 581: a saber, por más que al Estado corresponda desde luego la función de proteger a los ciudadanos frente al delito, y que éstos obedezcan las normas precisamente para obtener dicha protección (una dejación total del Estado favorecería, en fin, el “tomarse la justicia por su mano” y el “vigilantismo”), sí es cierto que tal competencia puede ser delegada en parte haciéndola descender hasta el nivel de la Comunidad local o privatizándola en cierta medida. De hecho, en las últimas décadas se ha producido en el ámbito del *Common Law* una creciente descentralización y responsabilización de otras instancias en relación con la justicia penal. Y en tal sentido, hay que distinguir entre el ejercicio del *ius puniendi* (castigar al agresor), que sigue siendo función exclusiva del poder público, y lo que constituya más bien un *control de la criminalidad* en general, cada vez más extendido a otras instituciones distintas del Estado. Así en EE.UU., por ejemplo,

tes verdaderamente perjudicadas por el delito⁷¹. En definitiva, es evidente que la eventual adopción de dicho nuevo sistema en una esfera procedimental peculiar como es la penal exigiría una considerable ponderación de esa tan nueva y radical “distribución de competencias” entre las instituciones oficiales y los entes sociales de ejercicio del poder⁷².

Y al mismo tiempo, se advierte que la aceptación por parte de los implicados, víctima y agresor, de esta vía alternativa va a suponer el que ambos, acusación por un lado y defensa del acusado por el otro, renuncien a la protección específica que de sus intereses puede dispensar el procedimiento judicial tradicional, de una manera quizá más segu-

ra (o al menos, ya conocida, puesto que se sabe o intuye cómo podría terminar, con qué resultado): en cuanto al imputado, por lo que se refiere a sus derechos y garantías procesales (como las de proporcionalidad de la sanción, igualdad en la aplicación de la Ley o seguridad jurídica)⁷³, y para la víctima, por el resarcimiento moral que pretendidamente conlleva la imposición de la condena. En definitiva, tras dichas críticas se oculta de nuevo el temor a que este método pueda implicar una cierta *privatización* de la Justicia, lo cual no armonizaría con la circunstancia de que al Estado corresponda la función (jurisdiccional) de la defensa del Ordenamiento Jurídico y de la legalidad⁷⁴. Sin embargo, los

los ya mencionados programas VORP constituyen directamente un encuentro entre la víctima y el imputado, con la ayuda de un tercero designado por la Comunidad. Este tipo de enfoque superaría el concepto de *intervención jurídica*, dado que el Estado no participa ya como otro sujeto más en la tramitación de la infracción, como viene ocurriendo en la justicia penal tradicional, sino que además del agresor sólo aparecen la víctima y el sistema comunitario, según el modelo de la Justicia restauradora (*vid.* ESPOSITO, E., “*La mediazione penale minorile...*”, *cit.*, pág. 3). A su vez señala GIACCA, F., “*La mediazione penale minorile, una risorsa...*”, *cit.*, pág. 2, que en los procesos restauradores “el interés del Estado, la pretensión punitiva, pasa a un segundo plano”. Pues bien, cabe plantearse, ¿hasta qué punto será esta nueva forma de actuación viable en España?

71 *Id.* MORRIS, A., “*Critiquing the critics...*”, pág. 598; así como ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, pág. 3.

72 *Id.* *infra*, pág. 23 y nota 74. De hecho, a juicio de BRAITHWAITE, según reseña BOTTOMS, Anthony, “*Some Sociological Reflections on Restorative Justice*”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?* (edit. por VON HIRSCH/ROBERTS/ BOTTOMS/ROACH/SCHIFF), Edit. Hart Publishing, Oxford/Portland (Oregon), 2003, pág. 107, la implantación de los nuevos procedimientos de Justicia restauradora en los sistemas penales contemporáneos puede ser considerada como una manifestación del más reciente estadio evolutivo que habría alcanzado el modelo de Estado, denominado como “nuevo Estado regulador” (*new regulatory state*), y caracterizado porque en él serían los ciudadanos los que tendrían el mayor peso y el mayor número de competencias y responsabilidad en la administración y desarrollo de los distintos sectores de la economía y la sociedad, mientras que al Estado correspondería sólo o fundamentalmente la dirección (se dice que la población “remaría”, mientras que el Estado “guiaría” o “conduciría” el “bote”). Sin embargo, BRAITHWAITE no es partidario tampoco de una absoluta retirada del poder público en el área de la justicia criminal, pues en su opinión el modelo restaurador va a fracasar si el Estado del bienestar no está allí para apoyarlo con servicios apropiados para las víctimas y agresores: lo ideal sería entonces que, en ese esquema del *new regulatory state*, junto con Comunidades sociales fuertes, el Estado conservara aún ciertas funciones de desarrollo (igual que en el paradigma de Keynes), como apoyo al mercado económico y a la sociedad civil.

73 Entre los autores ha sido frecuente esta preocupación acerca de las garantías procesales del imputado, tanto a modo de crítica contra dichos procedimientos (sobre todo, desde los representantes de la *just-desert-theory*: teorías *retribucionistas del merecimiento* o teorías *neoclásicas* o *garantistas*, *vid. infra*, pág. 34, nota 106) como, por el contrario, a los efectos de negar tal peligro y, en consecuencia, defender la idoneidad de la Justicia restauradora. Así, por todos, SIEVERS, N., *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit...*, *cit.*, pág. 43; ASHWORTH, A., “*Responsibilities, Rights...*”, *cit.*, págs. 578, 579, 581 y 582 (miembro de la citada *just-desert-theory*); LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 452 a 455.

74 *Id.* SIEVERS, N., *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit...*, *cit.*, págs. 42 a 45: según relata esta autora, se ha acusado al sistema de la mediación (aunque en principio sólo para la esfera del Derecho *civil*) de arrastrar un peligro de “degradación de la protección de los derechos individuales”, “privatización de la justicia” y “pérdida de la seguridad jurídica”. Sin embargo, apunta SIEVERS, entre otros muchos argumentos, la sumisión de un caso al mecanismo de la mediación, a través del que serían las partes mismas las que se otorgarían de común acuerdo una solución, no impide que de cualquier forma su conflicto llegue en última instancia a los juzgados, si ello resulta necesario o si las partes lo desean. De ese modo la conciliación, de acuerdo con la legislación aplicable en Argentina, en absoluto constituye un procedimiento sustitutivo del sistema judicial, del método clásico, sino sólo complementario, adicional. Pero en todo caso, no me parece que aquellas objeciones y críticas puedan ser extensibles con el mismo alcance al marco de la mediación *penal*, donde lo que se va a tener en cuenta es el Derecho positivo, y donde la legalidad vigente jugará entonces un papel mucho más estable, irrenunciable, garantista y trascendente, existiendo además un control posterior del tribunal y del representante del Ministerio Fiscal. Por otro lado, es presumible que sólo los asuntos de menor entidad y peligrosidad se sometan a este método alternativo. Y así, en la doctrina española ha manifestado LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 447, 453 y 454, que, a su juicio, la ausencia del Estado en este nuevo sistema es más aparente que real, ya que aquél interviene de cualquier forma estableciendo principios obligatorios, o por medio del control y supervisión judicial de los acuerdos adoptados, o a través de la actuación de *sus* mediadores, o aportando servicios para garantizar el cumplimiento de tales convenios, etc. Y ello permitirá, en su opinión, disipar cualquier tipo de riesgo en cuanto a una imaginable lesión de los Derechos Humanos o de las garantías procesales del infractor a través de las medidas reparatorias que se decidieran (en este sentido, las posiciones críticas han señalado normalmente los principios de *igualdad* en los acuerdos, *proporcionalidad* de las sanciones e *imparcialidad* del proceso y de determinación de la condena como posibles afectados por las técnicas restauradoras).

mismos promotores de ese movimiento restaurador se encargan de disipar cualquier inquietud al respecto, admitiendo que las características del proceso penal, por medio del cual se va a establecer una medida de *pública censura* y *se van a atribuir obligaciones* materiales al agresor, convierten en imprescindible una actuación del Estado –siquiera sea algo más reducida–, al objeto de garantizar tanto a aquél como a la víctima el respeto de sus prerrogativas inalienables y de los Derechos Humanos en general, así como que la justicia penal se ejerza “en interés público” y con sometimiento al principio de legalidad; por más que, de cualquier forma, ello resulte difícil de asegurar⁷⁵.

IV. La adecuación de un eventual sistema de mediación a los fines clásicos de la pena

Si bien ha quedado de manifiesto que la objeción planteada en el apartado anterior sugiere muy diversas respuestas, no menos controvertida resulta la cuestión relativa a la discutible conformidad del procedimiento de la mediación con los fines tradicionalmente proclamados de la pena. A este respecto, se está pensando en el ejemplo hipotético de un programa de conciliación entre ofensor y ofendido, plenamente voluntario para ambos, realizado bajo el control de las instituciones procesales (Ministerio Fiscal y Órgano judicial) con el fin de evitar la imposición última de la sanción, y, probablemente, una vez ya iniciado el procedimiento merced a la formulación y admisión de la acusación⁷⁶. Pues bien, no puede negarse el descon-

cierto que efectivamente habría de despertar la adopción, ya como posibilidad general o para un supuesto penal concreto, de tal mecanismo, en alusión por ejemplo a las exigencias de la *justicia*, que como dogma fundamental implica un principio de *proporcionalidad* de la sanción con respecto a la gravedad *objetiva* del hecho y a la peligrosidad subjetiva manifestada por el agresor a través de éste, de acuerdo con el planteamiento “cuasi-retributivo” que aún subyace a nuestro sistema penal. Por lo tanto, ¿de qué forma lograrían hacerse compatibles ambos puntos de vista, el “clásico” y el “restaurador”⁷⁷?

Sin embargo, conviene tener en cuenta que esa concepción retributiva no es la única que integra nuestro actual horizonte jurídico-teórico, sino que también forma parte del mismo la perspectiva *preventiva*. Y a este respecto, desde la teoría de la prevención *especial* se hace referencia por ejemplo a la virtualidad principalmente *admonitoria* o *disuasoria* de la pena en relación con cierta categoría de delincuentes: a saber, aquellos que por ser primarios y ocasionales (escasa peligrosidad futura) no admiten ni necesitan corrección o resocialización, por lo que carece de utilidad acudir a una pena severa o privativa de libertad de considerable duración⁷⁸. Además, la escasa entidad del hecho cometido, en su caso, deslegitimaría una sanción en exceso contundente, de acuerdo con un argumento *retributivo*. Bajo tal marco conceptual, pues, y habida cuenta de la mayor frecuencia con que dichos infractores primarios suelen acceder a semejantes programas de conciliación⁷⁹, podría sostenerse, tomando en consideración

75 Vid. ASHWORTH, A., “Responsibilities, Rights...”, *cit.*, págs. 581 y 582. A su vez, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas está de acuerdo en que “las garantías procesales fundamentales que aseguran la equidad para el agresor y la víctima han de ser aplicadas a los programas de Justicia restauradora, y en particular, a los procesos restauradores” (n.º 13 de los “Principios básicos para la utilización de los Programas de Justicia Restitutiva en asuntos penales”, *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, adoptados como anexo a la Resolución 2002/12, de 24 de julio). Igualmente, el Estado tendría una responsabilidad frente a las víctimas: no se puede admitir que esta iniciativa procedimental penal vaya a suponerles a ellas también una serie de cargas o de obligaciones (vid. ASHWORTH, A., “Responsibilities, Rights...”, *cit.*, pág. 582). Asimismo, vid. LARRAURI, E., *ibidem*, págs. 447, 450 a 455.

76 Éste constituye también el punto de partida de PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 363 y 364, a la hora de plantearse *de lege ferenda* la viabilidad del método de la reparación y mediación en nuestro Ordenamiento como “modalidad singular de tratamiento del hecho delictivo”, y a la vista de los fines tradicionalmente atribuidos al Derecho penal y a sus sanciones.

77 Tal preocupación, presente en la doctrina penal, en torno a la “naturaleza dudosamente punitiva” del mecanismo de la reparación, tal vez “poco conciliable con los fines preventivos y de defensa social del Derecho penal”, viene expresada por HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, págs. 238 y ss. En el mismo sentido, a juicio de ESPOSITO, E., “La *mediazione penale minorile...*”, *cit.*, pág. 1, y de GIACCA, F., “La *mediazione penale minorile, una risorsa...*”, *cit.*, pág. 5, una de las razones por las cuales en Italia el mecanismo de la mediación todavía se halla en estadio experimental sería, además de la *carencia de cultura jurídico-social*, también la existencia de una *postura ideológica difusa pero mayoritaria que ve en la punición* y consecuentemente en el sistema retributivo un instrumento de *defensa social eficaz y garantista*, y que por tanto se resiste a asimilar el concepto de “reorganización relacional autor-víctima”.

78 Sobre ello, por todos, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, en *Derecho Penal, Parte General*, VV.AA., (dirig. por él mismo), Edit. Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 2004, pág. 54.

79 A tenor del ya mencionado Informe de “Valoración de los datos estadísticos a nivel nacional acerca de la Compensación del Autor a la Víctima para la década de 1993 a 2002”, elaborado a instancias del Ministerio Alemán de Justicia, puede afirmarse que para ese intervalo temporal, la proporción de delincuentes *primarios* que se han venido sometiendo voluntariamente a tales programas se ha mantenido en torno a un 70%, mientras que los *reincidentes* serían aproximadamente un tercio.

los fines de la pena, la conveniencia de utilizar este método como mecanismo disuasorio en beneficio de aquéllos. De esa manera, el aspecto de las necesidades *preventivo-especiales* del delincuente va a tomar primacía a la hora de determinar la reacción penal aplicable. En conclusión, si se estima suficiente a efectos de tal advertencia la adjudicación de una sanción de menor entidad, nada perjudica *a priori* el que se opte por la mediación como vía alternativa de resolución del conflicto en lugar de la forma habitual de imposición de una pena.

En definitiva, corresponde en este caso dilucidar si resultaría bastante un procedimiento de compensación y mediación en orden a considerar cumplidas las demandas penales y sociales en cuanto a la criminalidad; es decir, si tales trámites restauradores llevarían a cabo de forma satisfactoria ese objetivo de la disuasión, para evitar que el

delincuente primario reincida en su acción (prevención *especial negativa*)⁸⁰, o carecerían, por el contrario, debido a su excesiva “condescendencia”, de la capacidad intimidatoria o correctiva suficiente, también según un enfoque de prevención *general*⁸¹. En todo caso, *a priori* no podría negarse a las posturas críticas una cierta parte de verdad, toda vez que la reparación como tal no persigue, a diferencia de las penas convencionales, en primer término esencial y deliberadamente infligir un castigo (o una restricción de los derechos individuales, en el marco constitucional), sino que dicha finalidad podrá realizarse o no, y como objetivo fundamental pervive la restitución del daño causado y la apertura de un proceso de comunicación entre las partes enfrentadas⁸².

Así, en opinión de un sector doctrinal muy destacado⁸³, sería evidente la *inidoneidad* del nuevo modelo de la re-

80 Tal extremo sería sin embargo muy difícil de valorar, y en este punto concurre un evidente déficit o desventaja de esos mecanismos restauradores: en concreto, la dificultad metodológica que plantean a la hora de verificar las supuestas bondades que ofrecen en comparación con el sistema tradicional. A esta dificultad de evaluación se refiere LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, pág. 443, relacionándola con la todavía actual carencia de una definición exacta acerca de cuáles sean las prácticas y los objetivos propios y específicos de dicho enfoque: a juicio de esta autora se trata de un fenómeno preocupante. En definitiva, parece que debería recomendarse una cierta prudencia, tanto a la hora de dejar transcurrir un tiempo antes de proceder al análisis de los datos estadísticos como en cuanto a la necesaria contención en las expectativas que puedan depositarse en la nueva Justicia restauradora. En tal sentido, *vid.* igualmente SIEVERS, N., *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit...*, *cit.*, pág. 40. En todo caso, de acuerdo con el punto de vista de LARRAURI, E., *ibidem*, págs. 455 y 456, uno de los parámetros que podrían emplearse en orden a verificar el éxito de esos programas (así como para evitar un posible efecto de exacerbación del control social de la criminalidad o “*net-widening*”) consistiría en comprobar cuántos supuestos se extraen o excluyen del aparato judicial convencional, cuántos menos procesos tienen lugar.

81 Por ejemplo, GIACCA, F., “*La mediazione penale minorile, una risorsa...*”, *cit.*, pág. 4, se refiere al denominado “efecto ‘blando’ de la actividad reparadora y de reconciliación, debido al ‘largo espacio de tiempo que transcurre entre la comisión del delito y la aplicación de la medida’”. Sobre las críticas acerca de una posible debilitación en la eficacia intimidatoria del Derecho Penal, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 89 y 90, así como HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, pág. 238: se dice que, al carecer la reparación de “un plus de afflictividad o castigo”, al ser una medida “blanda”, parece difícil que con ella puedan alcanzarse los fines de la prevención *general*. A este respecto menciona SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, en *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 39 (citando las conclusiones de 1978 del *Comité nacional sueco para la prevención del delito*), que a efectos de la prevención general y de la capacidad intimidatoria de la intervención penal, más que la *severidad* de las sanciones será determinante la *certeza* de que se va a aplicar una de ellas, así como la tramitación del mismo *proceso* y, en definitiva, la *rapidez* con que la sociedad reaccione a la infracción. Sin embargo, el propio SILVA ha manifestado algunos años después, a propósito de los modelos genuinos de mediación y reparación, en “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, pág. 192, que con ellos es indudable el riesgo que correrían las finalidades preventivas y de garantía del Derecho penal, salvo de que los defensores de tales paradigmas logren con sus argumentos anular dicho peligro.

82 De esta opinión, *vid.* HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, pág. 239. Por eso, dicha autora sostiene la existencia de una nueva *utilidad* u objetivo de las sanciones o “soluciones” penales como criterio que justifique, más allá de los fines clásicos de la pena, la vigencia de este nuevo mecanismo de la reparación: a saber, “la satisfacción a las víctimas”. En contra, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, págs. 198 y ss., 201 y 202: la reparación no constituye un nuevo fin del Derecho penal, sino que será asumida por éste en la medida en que contribuya al cumplimiento de sus fines tradicionales. Igualmente ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 80 y ss., 92 y 93: el criterio de la reparación a la víctima, proveniente originalmente del Derecho civil, del Derecho privado, no puede constituir en sí mismo un fin autónomo del Derecho Penal, ya que éste no se dirige expresamente a procurar que la víctima concreta vea resarcido su daño. De ahí que la reparación como modelo de solución *penal*, integrada en el sistema penal, deba necesariamente armonizar con los fines propios de éste: es decir, tendrá que legitimarse como instrumento que satisface el propósito de la *prevención general*. Por lo tanto, a juicio de ALCÁCER, si los actos de reparación del imputado justifican la renuncia institucional a una sanción convencional, ello tendrá que deberse fundamentalmente a que con tal restitución se está reduciendo o compensando el quebrantamiento del orden jurídico y de la vigencia de las normas ocasionado por la previa conducta delictiva (prevención general), lo que se traduce en una *menor necesidad de pena*.

83 *Id.* ALASTUEY DOBÓN, M.ª del Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

paración para satisfacer, en primer lugar, los requisitos de la prevención *general negativa* o *intimidación*, y lo mismo ocurriría incluso en caso de añadirse a aquélla el paso previo de una conciliación o disculpa frente a la víctima⁸⁴. Conforme a tal punto de vista, la indiscutible y comúnmente aceptada *menor* eficacia intimidatoria que habría de corresponder a la reparación hace que deba rechazarse la posibilidad político-criminal de disponer ésta como pena única aplicable a un delito. Así, dado que el importe de esa *restitución* tendría que orientarse necesariamente en función del *daño* ocasionado (el valor de lo sustraído, el coste del tratamiento curativo para las lesiones causadas, etc.), no habría modo alguno *legítimo* de intensificar dicha eficacia preventiva incrementando la cuantía de la reparación⁸⁵. A su vez, la opción de incorporar otros elementos *punitivos* a ésta, tales como prestaciones personales, etc., supondría reconocer su incapacidad intrínseca como instrumento correctivo. Y es que esa indemnización, de naturaleza en esencia *civil*, pese a tener un cierto potencial intimidatorio en relación con algunos delitos –habida cuenta de que constituye también, como otras penas, un *mal* para el imputado, una privación coactiva de sus derechos–, no

llegaría a alcanzar la entidad necesaria para convertirse en respuesta penal autónoma: de hecho, para esta corriente doctrinal que comentamos, la posibilidad de que sí tenga eficacia disuasoria suficiente en relación con determinados tipos (*poco graves*, por ejemplo los de imprudencia *leve*) indicaría la conveniencia de despenalizar tales ejemplos y reconducirlos al marco de las infracciones *civiles*⁸⁶.

Y lo mismo sucedería, se afirma, en caso de configurar la reparación como *requisito para no aplicar la pena*, e igualmente si se estableciera un mecanismo de renuncia institucional a la sanción, incluso con previa declaración de la culpabilidad, basado exclusivamente en la opción, libre para el ofensor, de restituir el perjuicio originado: ciertamente, los delincuentes no hallarían motivo alguno para atenerse a la norma si supieran que bastaría con devolver el botín para librarse de la pena. Por lo tanto, de establecerse con carácter previo y con cierta seguridad esa posibilidad de dejar de aplicar la sanción, la pérdida de eficacia del precepto de prohibición resultaría a medio plazo irremediable⁸⁷. En conclusión, la previsión legal de cualquier mecanismo sustitutivo o alternativo a las penas tradicionales va a precisar de una ponderación entre las exi-

84 Reconoce por ejemplo MANNOZZI, G., “*Collocazione sistematica e potenzialità...*”, *cit.*, pág. 129, que si queremos justificar y legitimar la existencia de la *mediación* sobre la base de la prevención *general*, tendremos que privilegiar en la noción de esta última la acepción de “integración” y “pacificación del sentimiento jurídico”, es decir, la dimensión *positiva* de dicha prevención general, en lugar de la negativa o “clásica” (intimidación).

85 Sin embargo, a mi juicio este planteamiento de ALASTUEY DOBÓN se debe a que ella parte de la concepción jurídico-civil de la reparación, incluso en el marco del Ordenamiento penal: en efecto, para SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, págs. 196 y 197, 201 y 202, la reparación en el Derecho penal, que “poco tiene que ver conceptualmente con la reparación civil del daño”, *ha de fundarse necesariamente en la gravedad de la conducta y del tipo subjetivo*, siendo incluso concebible que se imponga en supuestos de ausencia de daño o de falta de una víctima individualizable. Considera SILVA que la reparación *penal*, aunque pueda tener también un contenido *material* (económico, entiendo) presenta una orientación (hacia la resocialización y hacia la satisfacción de la Comunidad, más que hacia la indemnización de la víctima concreta), una relevancia simbólica (por imponerse en el marco del proceso), unos criterios de determinación (a saber, también aspectos subjetivos, menor importancia del daño efectivo) y una repercusión (por ejemplo, en caso de que no llegue a cumplirse adecuadamente, con la posible reapertura del proceso penal, etc.) que la diferencian claramente de la reparación civil.

86 De ese mismo parecer es GRACIA MARTÍN, mencionado por ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 91 y 92. Por el contrario, afirma SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, págs. 201 y 202, que la circunstancia de que se proponga la reparación penal como reacción jurídica suficiente y *exclusiva* en relación con determinados tipos no tiene por qué conducir a la despenalización de tales conductas y su conversión en ilícitos civiles (postura que también sostienen otros autores, con los que SILVA se manifiesta conforme). Éste considera, pues, que reparación penal e indemnización civil del daño causado responden a dos modelos absolutamente diversos.

87 *Vid.* ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *La reparación a la víctima...*, *cit.*, págs. 217 a 223, y 240: a juicio de esta autora, una vez que se prevea la renuncia final a la pena sobre la base de esa *reparación*, ni siquiera el hecho de que todavía subsistan la amenaza original con la sanción, la persecución e investigación de los órganos de la Administración de Justicia, el proceso oral y la declaración oficial y pública de culpabilidad bastará para asegurar la virtualidad *intimidatoria* de esa respuesta penal global. Sobre ello, también, así como en torno a las acusaciones de contrariar el principio de igualdad, al discriminar a quienes por carecer de medios económicos no pudieran abonar la correspondiente reparación, cfr. ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 89 a 91. De modo parecido reconoce SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, pág. 192, que, en cuanto a la prevención *general negativa* o de *intimidación*, no parece que una extensión de la reparación fuera a arrojar efectos positivos relevantes, sino que incluso podrían darse consecuencias negativas si llegara a descuidarse ese elemento de la disuasión respecto de delitos futuros, sacrificándose a la víctima potencial en favor de la víctima actual. En su opinión, sin embargo, dicha reparación penal, por el hecho de imponerse en el ámbito del proceso judicial con la *carga simbólica* que éste conlleva, sí que implica un plus de relevancia que favorece decididamente, al menos en algunos casos, el que se obtengan los fines de pacificación requeridos desde la prevención general de *integración* (pág. 201).

gencias de la prevención *especial* y la *resocialización*, que recomendarían en determinadas hipótesis la renuncia a la pena, y las de la prevención *general*, que obligarían en otros casos a desistir de aplicar tal beneficio al reo. Por tanto, habría que examinar qué clase de condiciones deberían rodear a esa *reparación* y con motivo de *qué delitos* podría recurrirse a ella, a fin de garantizar que su utilización no menoscabe la primacía general de las normas y del conjunto del Ordenamiento jurídico.

En tal sentido, se ha comentado por ejemplo que la restitución, para conformar un indicio real de la *menor necesidad de pena* en el responsable concreto (conforme a la prevención *especial* y la *general*), no podría ser sino voluntaria, espontánea, en absoluto forzada o inducida: de ese modo, los potenciales transgresores de la ley sabrían que no en cualquier caso o de manera automática tendría lugar dicha exención, sino únicamente cuando un comportamiento positivo confirmara que se asume la ilicitud de la propia conducta y la responsabilidad, y que se ha producido un cambio de actitud, ahora favorable a la pervivencia de la norma⁸⁸. Por el contrario, un sustitutivo penal apoyado únicamente en la voluntariedad relativa o fingida de esa devolución del daño abriría la puerta a todo tipo de abusos; además de que la configuración de la reparación como una medida coactiva, equivalente en ese aspecto a una pena, anularía toda diferenciación con respecto al resarcimiento civil del daño y disiparía peligrosamente las fronteras entre Derecho penal y Derecho civil⁸⁹. En consecuencia, se duda de que sea razonable o justificado, desde el punto de vista de la prevención especial, dotar de efectos eximentes a una reparación que se preste

durante el mismo proceso penal y a instancias o a propuesta de los órganos judicial y fiscal, con objeto de evitar la aplicación de la pena. A su vez, también cabe imaginar supuestos en los que, aun siendo sinceros dichos actos de reparación, no deba prescindirse de la sanción penal atendiendo a la peligrosidad futura del delincuente (prevención especial negativa)⁹⁰. No obstante, de acuerdo con esta misma postura doctrinal siempre quedaría, entre otras alternativas, la vía de regular un *sustitutivo* penal (vg., semejante al de la suspensión de la ejecución de la pena) a cuyos efectos pudiera tenerse en cuenta, además de otros diversos factores orientados a preservar la prevención general y la especial, también la circunstancia de haber procedido el culpable a reparar el perjuicio⁹¹.

Ante argumentos tan contundentes, pues, cabe preguntarse si la introducción de un sistema de reparación con *mediación* o *conciliación* previa, en el que constituyera requisito *imprescindible* la confrontación y el diálogo entre las partes en lugar de la adopción de un acuerdo de reparación, podría incorporar tal elemento *disuasorio* para el potencial agresor, supondría en sí misma un proceso inevitablemente *resocializador* para éste y, por consiguiente, lograría superar las objeciones planteadas⁹². En todo caso, a propósito de la reparación postdelictiva y sus efectos otras opiniones han manifestado que, si bien una regulación legal de la misma va a restringir sin duda su naturaleza *voluntaria* o espontánea, ello no obsta para que dicha actitud favorable del infractor por admitir su responsabilidad desarrolle efectos eximentes respecto de la pena, produciéndose a través de esa restitución “jurídico-penalmente inducida” incluso unas prestaciones en favor

88 De la misma forma, refiriéndose a la antigua atenuante de reparación “por arrepentimiento *espontáneo*”, vid. DE VICENTE REMESAL, J., *El comportamiento...*, cit., págs. 359 a 370: una rebaja en la pena en base al comportamiento reparador postdelictivo no reduce en nada el carácter inhibitor general de la prohibición penal, pues los delincuentes potenciales saben que, si no proceden como el culpable que restituyó el daño, van a recibir la sanción inicialmente prevista, más severa. Y por las mismas razones, tal atenuación penal no conllevaría quiebra alguna en la confianza comunitaria en el Derecho.

89 También PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, cit., págs. 262 a 265, 362, etc., se inclina por la idea de una reparación *voluntaria*, bien surgida a partir de un acuerdo o conciliación libre entre víctima y agresor, o bien espontáneamente realizada por éste en cualquier momento posterior al hecho delictivo y previo a la emisión de la sentencia, en expresión de un deseo de alcanzar una compensación con dicha víctima. No obstante, recuerda SANZBERRO, también alguna doctrina ha tratado de construir un concepto de reparación jurídico-penal que pueda imponerse coactivamente, como una pena más, pero sin asimilarse a la indemnización civil a la víctima, en la medida en que tanto su fundamento como su contenido y límites se adapten a los requisitos penales.

90 Cfr. ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *La reparación a la víctima...*, cit., págs. 217 a 226, 241 y ss.: una restitución guiada en exclusiva por motivaciones utilitaristas podrá servir, en todo caso, para satisfacer los intereses de la víctima, y en esa medida podría implicar algún beneficio penal para el delincuente, pero no demostrará una *menor necesidad de sanción* en éste, por lo que según la prevención *especial* no habría motivo para decidir su exención punitiva.

91 Vid. ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *ibidem*, pág. 243.

92 Parece inclinarse también en contra de tal posibilidad ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *La reparación a la víctima...*, cit., págs. 218, 223 y 224. Por el contrario, MANNOZZI, G., “*Collocazione sistematica e potenzialità...*”, cit., pág. 129, entiende que ese posible déficit en el aspecto penalizante o intimidatorio de la *mediación* y reparación todavía puede superarse si se logra transmitir a los ciudadanos con la suficiente persuasión la función estabilizante que una práctica consolidada de *mediación*, desarrollada durante un cierto tiempo, estaría en disposición de garantizar.

de la víctima que de otra forma no tendrían lugar⁹³. En definitiva, por más que la voluntad de reparar pueda encontrarse en ciertos casos *condicionada* por el deseo del agresor de escapar a sanciones más severas, de modo que no siempre será *idilicamente pura*, ello no implica en absoluto que tal responsable se haya visto *forzado* a la compensación, además de que resulta legítimo al legislador hacer uso de ese tipo de incentivos o estímulos para fomentar una concreta conducta⁹⁴.

Igualmente, también pueden plantearse una serie de obstáculos a esa propuesta restauradora desde el principio de *realización de justicia*, extraído como sofisticación máxima y normativa del paradigma *retributivo*. De acuerdo con éste, si se tratara de decidir hasta qué punto resultaría legítimo utilizar un programa de *mediación y reparación* para un supuesto delictivo concreto, es evidente que como

primer límite intervendría el principio de *proporcionalidad de la respuesta penal a la gravedad objetiva del hecho perpetrado* y, en consecuencia, de adecuación de dicha sanción al *intervalo legal* establecido para ese tipo de delito en función precisamente de su gravedad⁹⁵. Ello posiblemente llevaría a restringir en alguna medida el espectro de delitos que serían admisibles en dicho modelo de conciliación, rechazándose con toda probabilidad los *muy graves*⁹⁶. Sin embargo, la práctica implantada en otros países ha puesto de manifiesto hasta qué punto este criterio restrictivo puede resultar demasiado conservador e incluso ingenuo, dado que finalmente los procesos restauradores consiguen extenderse hacia otros campos delictivos distintos de los inicialmente pensados, y por demás muy diversos⁹⁷. Y en definitiva, la cuestión de cuál sea el alcance material de tal método remite a una decisión esen-

93 Así, véase el llamado *Proyecto Alternativo sobre la Reparación (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, AE-WGM)*, elaborado por un grupo de penalistas alemanes, austríacos y suizos (entre ellos, ROXIN, ESER, RÖSSNER, SCHÖCH o WEIGEND), Edit. C.H.Beck, München, 1992, pág. 28: a su juicio, el necesario carácter voluntario de la reparación penal va a consistir nada más (y nada menos) que en la circunstancia de que el autor se decida *intencionadamente* por asumir su responsabilidad por el hecho cometido.

94 Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, cit., pág. 251. Además, señala HERRERA, según demuestran los estudios la mayoría de los agresores participantes en tales modelos, con independencia de las motivaciones que hayan determinado su intervención, se manifiestan después gratamente sorprendidos por los resultados alcanzados, satisfechos del encuentro personal con el perjudicado.

95 Tal exigencia deberá respetarse en especial en el momento de aplicación judicial de la pena, según han destacado las denominadas teorías eclécticas o integradoras. La expresión legal de ese principio de proporcionalidad aparece sobre todo en los arts. 66.1.6.^a ("en la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales... cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho"); 80.1 y 2 CP (a saber, en la resolución sobre una posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad "se atenderá fundamentalmente a la *peligrosidad criminal del sujeto*" –peligrosidad expresada, claro está, a través del hecho delictivo realizado–, y el plazo de dicha suspensión se fijará considerando, entre otras, "*las características del hecho*"); así como en la regulación de la libertad condicional (arts. 90 y ss.). En lo que a esto concierne *vid.*, por todos, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Reppertor, 7.^a ed., Barcelona, 2004, págs. 108 y 109.

96 En relación con este punto, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, "*Sobre la relevancia...*", cit., pág. 200, llega a similar conclusión en cuanto a la necesidad de *limitar* el empleo de las técnicas reparadoras a *delitos de poca gravedad*, si bien a su juicio ello se debería más bien a un planteamiento de prevención *general positiva*, y no al de *realización de justicia*, en la medida en que, entiende, cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho ilícito, más sencillo resultará que la reparación a la víctima concreta, intentada o conseguida, logre restablecer la confianza social en la vigencia del Ordenamiento jurídico y de la norma vulnerada. Desde otra perspectiva, LARRAURI, E., "*Tendencias actuales...*", cit., págs. 452 y 462, parece no estar totalmente de acuerdo con que tales métodos se apliquen exclusivamente a meros casos penales de bagatela o marginales. Y según su postura, la misma precaución que se exige en cuanto a evitar que se deriven a la mediación supuestos excesivamente graves debería ponerse también en orden a impedir que a dicho sistema lleguen aquellos asuntos de escasa trascendencia, puesto que esto dará lugar al ya citado problema del "*net-widening*" o extensión efectiva de la presión social y jurídica contra la delincuencia (pág. 455).

97 En concreto para Alemania, el Informe de "Valoración de los datos estadísticos...", cit., del *Bundesministerium für Justiz*, en cuanto a los tipos de delito que se acogen a tal mecanismo del TOA, extrae como conclusión que "la práctica se muestra amiga de la experimentación". Y por consiguiente, a la vista del amplio espectro de modalidades delictivas para las que se ha llegado a emplear esa Compensación del Autor a la Víctima, señalan los autores del reportaje que no conviene poner cerco *a priori* al marco de categorías criminales para las que ésta pueda usarse, sino que será mejor comprobar la idoneidad o no del método para cada caso particular. De hecho, si bien el delito hasta ahora más habitual en los programas es el de lesiones *leves*, con un 53,8% del total en el año 2002 (siendo ésta la cifra más alta de lesiones leves desde 1993, con un incremento del 10% respecto de los dos años precedentes), quedando muy por debajo las *graves* (8,9% en 2002, en descenso también durante los dos últimos años) y aún más las lesiones *con efectos de duración en el tiempo* (0,3% en 2002), a juicio de los autores no puede deducirse de ello que el sistema se esté reorientando preferentemente hacia supuestos más leves, ya que, al parecer, en general a la Fiscalía siempre acceden menos delitos de lesiones de esas dos últimas categorías (*graves* o *con efectos a largo plazo*). Del mismo tenor, véase el *Proyecto Alternativo*

cialmente político-criminal, toda vez que se respete la finalidad y naturaleza *restauradora* del mismo –vg., en lo relativo a que sean procesos *voluntariamente* elegidos y aceptados tanto por la *víctima* como por el agresor, etc.–.

Aún más: una determinada corriente doctrinal dentro de los autores afines a dicha Justicia restauradora habría abogado por extender el posible marco de aplicación de ésta incluso hasta delitos especialmente graves y problemáticos desde la perspectiva de la sensibilidad social, como serían los que atentan contra la libertad sexual de las personas o los relativos a la violencia doméstica y de género, en los que las víctimas suelen ser mujeres, por regla general⁹⁸. Sin embargo, adoptar dicha postura supondría probablemente dejar de considerar tales programas de mediación

como meras alternativas a la pena para comenzar a identificarlos con una nueva forma de “Justicia efectiva”, con “la forma de Justicia más efectiva disponible”⁹⁹. No obstante, para que estos mecanismos resultaran más eficientes que la jurisdicción tradicional en el tratamiento de esas acciones delictivas, caracterizadas precisamente por su elevado índice de reincidencia, sería preciso que pudieran disponer de un marco de medidas realmente eficaces, de medios semejantes a los de la justicia convencional, por más que los *procedimientos* empleados en una y otra modalidad sí sean diferentes¹⁰⁰. Y como consecuencia de ello, y de la creciente preocupación por el respeto de ciertas garantías en el proceso, la Justicia restauradora se aproximaría cada vez más, inevitablemente, al propio sistema jurisdiccional for-

sobre la Reparación, *cit.*, págs. 28 y 29. Por su parte, la legislación penal finlandesa, que no recoge una regulación específica para la mediación, tampoco establece por tanto restricción alguna en cuanto al tipo de casos que pueden ser sometidos a ella (ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, *cit.*, pág. 7). Y a su vez, en el ámbito de Nueva Zelanda y su método de “reuniones de grupos familiares” (*family group conferences*), indica MORRIS, A., “*Critiquing the critics*”, *cit.*, pág. 602, que dichos sistemas, en el marco de la justicia penal de adultos, se están empleando más bien para infracciones *relativamente graves*, mientras que en el ámbito de la criminalidad juvenil, incluso para *las más serias* y para delincuentes reincidentes. A su vez, en el panorama austríaco se indica que, hasta el momento, el procedimiento de Compensación extrajudicial del delito se ha venido utilizando en relación con tipos castigados con un máximo de cinco años de prisión: véase el artículo informativo “*21,2 Millionen Euro für Opfer...*”, *cit.*, pág. 1 *in fine*. Y en cuanto a la experiencia desarrollada en España por los programas de mediación para la justicia penal juvenil, comentan CLEMENTE MICÓ, E. y LÓPEZ LATORRE, M.^a J., “*Programas de mediación...*”, *cit.*, pág. 1, que, si bien los modelos estudiados no imponen limitación alguna en cuanto al tipo de delitos que cabe someter a la mediación, de hecho *no* suelen acceder *infracciones de excesiva gravedad*, sino fundamentalmente *peleas, actos vandálicos, hurtos, etc.*, lo que, a juicio de los investigadores puede dar una idea de la *poca relevancia* que se otorga a dicho método restaurador.

98 En efecto, critica HUDSON, B., “*Restorative justice...*”, *cit.*, págs. 623 a 625, que en los juicios convencionales por violación, la agredida se ve obligada a satisfacer el papel de “víctima ideal” (a saber, en este caso, de mujer discreta, no provocativa sexualmente, de costumbres ordenadas y comportamiento ejemplar en el plano sexual, etc.), de tal modo que el alcance de su sufrimiento y daño moral, no fácilmente cuantificable, acaba por asimilarse a conceptos que resulten en todo caso familiares para la lógica jurídica, basada en el “caso estándar”. En cambio, los procesos de índole restauradora lograrían dotar a esa víctima de una cierta legitimación o capacidad (*empowerment*) en el procedimiento, de forma que llegara a expresar sus sentimientos y “su historia” con libertad, siendo posible trabajar con dicha dinámica emocional. Y el agresor tendría necesariamente que enfrentarse a la circunstancia de que ha causado un daño real por el que la víctima sufre. De hecho, se exige para que el procedimiento sea verdaderamente restaurador que el culpable, como mínimo, acepte su responsabilidad por el delito: es decir, no sólo que admita que lo cometió, sino también que “*eligió hacerlo, que ello no fue precipitado por la víctima*”. Asimismo, según afirma BRAITHWAITE, John, “*Setting standards for restorative justice*”, en *TBJC* 2002, Vol. 42, págs. 563 a 577 (565-6), el riesgo de *dominación* de la parte agresora sobre la ofendida que podría achacarse a tales programas en el marco de la violencia familiar podría conjurarse, al parecer, si se aplicaran una serie de criterios: por ejemplo, el de evitar la dominación, en especial impidiendo que a cualquiera de los que están legitimados para participar en los encuentros se le prive de su derecho a asistir y a pronunciarse verbalmente. De hecho, dado que el desequilibrio de poderes es un fenómeno estructural, para aquellos supuestos en los que, una vez puesto en marcha el proceso restaurador, resulte difícil impedir dicha dominación, como ocurre en los ejemplos de malos tratos familiares, se propone la intervención de “grupos de apoyo organizados” en favor de las mujeres y niños víctimas de ese comportamiento (o en la hipótesis de delitos contra el medio ambiente cometidos por grandes y poderosas corporaciones, de grupos de apoyo de carácter ecológico, etc.).

99 Afirma HUDSON, B., “*Restorative justice...*”, *cit.*, págs. 626, que, siendo los delitos de violencia sexual o doméstica de una notoria gravedad, requieren desde luego una reacción jurídica contundente que necesariamente va a ir más allá de lo que implicaría un simple sustitutivo penal o una medida de “desvío” del caso respecto de la forma procesal tradicional. Y al parecer, las propias medidas restauradoras conseguirían cumplimentar mucho mejor que el sistema judicial tradicional las funciones clásicas de éste, como serían la retribución, la rehabilitación y la protección individual y colectiva; además de que comparativamente podrían lograr también un mejor balance entre esos diversos principios contrapuestos. De ese modo, mientras que los detractores del sistema de conciliación lo consideran únicamente un sustitutivo y critican que hasta ahora haya fracasado en el intento de modificar el comportamiento de los agresores, los autores que fomentan esos programas insisten, más que en que la Justicia restauradora sea *mejor* que la tradicional, en que puede constituir una forma de justicia *efectiva*: tanto en orden a reducir la reincidencia como en orden a ejercer una fuerte reprobación en el supuesto concreto (*vid.* también pág. 629).

100 *Vid.* HUDSON, B., *ibidem*, pág. 628.

mal y habitual¹⁰¹. De cualquier forma, en la doctrina y la política-criminal resulta mayoritaria la corriente favorable a restringir la aplicación de tales mecanismos de conciliación y reparación a las áreas delictivas que le son propias (criminalidad juvenil, no violenta o no intensamente victimizante), cerrando el paso a los tipos de agresiones, contra la libertad sexual, etc.¹⁰².

En todo caso, atendido ya en cierto modo ese aspecto de realización de la justicia, tendría que examinarse a continuación la perspectiva de la prevención *general positiva*. En este punto, procede de nuevo preguntarse cuál será el principio específico en el que se base dicho nuevo paradigma de la Justicia restauradora y, en su seno, el mecanismo de la *mediación* penal. Es decir, ¿se trata éste de un paso más en la dirección característica de la prevención

especial y la resocialización del delincuente o responde a un criterio totalmente inédito o, al menos, novedoso como integrador original de varios esquemas ya existentes? A saber, en la medida en que fomenta una *educación* de la sociedad en los valores de la coexistencia pacífica y el aseguramiento o afirmación del *status quo* democrático y el orden jurídico de los Derechos Fundamentales, con una base social muy amplia por cuanto tiende a implicar a la Comunidad (sobre todo, a través de un mayor protagonismo de la víctima, el propio agresor y sus respectivos entornos familiares)¹⁰³, ¿no podría identificarse con una combinación entre los parámetros de la prevención especial y general positivas¹⁰⁴?

No obstante, es posible que en esta esfera resulte más acertado preguntarse directamente acerca de cuáles son

101 No obstante, a juicio de BOTTOMS, A., "*Some Sociological Reflections...*", *cit.*, pág. 110, por un cierto número de razones (como las corrientes evolutivas dominantes en los sistemas penales actuales, o el tipo de "mecanismos sociales generativos" de los que depende el éxito de tales técnicas), es *extremadamente improbable* que en las sociedades contemporáneas la Justicia restauradora vaya a reemplazar al modelo vigente de justicia penal.

102 *Vid.* por todos HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, pág. 254: es preciso detener con urgencia un "irreflexivo optimismo victimológico" que pretende extender la mediación a esos otros sectores. En el mismo sentido, la legislación vigente en Luxemburgo desde el 1 de noviembre de 2003 (por la *Loi sur la violence domestique*, de 8 de septiembre de 2003) ha excluido del marco posible de aplicación de la mediación penal los tipos relativos a la violencia doméstica. Para justificar su decisión, el Parlamento ha alegado que dicho método presupone una igualdad de poder entre las dos personas participantes, cosa que no ocurre en estos supuestos, pues el agresor ocupa una posición dominante debido a su comportamiento en el pasado y al miedo que ha infligido a la víctima. Sin embargo, el Consejo de Estado y las autoridades judiciales del país no dejaron de expresar su oposición a tal decisión legislativa señalando que una exclusión sistemática de la mediación en esos casos va a ser una regla demasiado dura y estricta y que una política criminal tan severa no tiene necesariamente por qué beneficiar a la víctima. (*Vid. Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima...*, *cit.*, abril 2004, pág. 5). Al mismo tiempo, manifiestan ROBERTS, Julian V., y ROACH, Kent, "*Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*", en *Restorative Justice & Criminal Justice...*, *cit.*, pág. 249, que los tribunales canadienses han sido normalmente reacios a aplicar medidas de carácter restaurador, como la "sentencia condicional" en Canadá (equivalente a la *suspensión de la ejecución de la sentencia* en el CP español) en casos de violencia sexual o doméstica. Asimismo sobre los argumentos a favor y en contra de tal opción político-criminal, *vid.* LARRAURI, E., "*Tendencias actuales...*", *cit.*, pág. 456.

103 Según asevera KERNER, H.J., "*Mediation...*", *cit.*, pág. 1255, mediante tal sistema de compensación del autor a la víctima se ofrece a ambos la posibilidad de hallar una regulación para el conflicto derivado del delito; solución que satisfaga a las dos partes, que *sirva a la paz social* y que *de ese modo también fortalezca la validez del Derecho*. En este argumento, pues, aparece reflejado el principio o paradigma de la prevención general positiva. Del mismo modo, ESPOSITO, E., "*La mediazione penale minorile...*", *cit.*, pág. 2, considera que la mediación comporta *un valor educativo y social*, dado que la recomposición del conflicto entre la víctima y el agresor no sólo tiene lugar a beneficio del individuo, sino "también de todo el sistema comunitario". A su juicio, lo peculiar de este método consiste, entre otros matices, en que con él se redefine el conflicto entre las partes en términos de "reorganización relacional", dándose satisfacción a las expectativas del sistema social a través de un programa de reparación y reconciliación con la parte perjudicada. Sobre dicho valor de pacificación social realizable a través de la comunicación y la conciliación entre la víctima y el agresor individuales, un encuentro que trasciende en su eficacia el núcleo concreto e individual, *vid.* asimismo PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 345 a 355.

104 De esta opinión véanse, por todos, HUDSON, B., "*Restorative justice...*", *cit.*, pág. 626; *Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, *cit.*, págs. 25 a 30, atribuyendo a dicha institución tanto funciones de prevención especial como de prevención general *positiva* o *de integración*, de tal forma que los actos de reparación voluntaria del culpable indicarían que éste reconoce abiertamente la vigencia de la norma por él infringida; MANNOZZI, G., "*Collocazione sistematica e potenzialità...*", *cit.*, pág. 129; DE VICENTE REMESAL, J., *El comportamiento...*, *cit.*, págs. 359 a 370: con la valoración positiva del comportamiento *postdelictivo*, *ulterior* y *ajeno a la consumación del hecho* (y, en su opinión, anterior a la celebración del juicio) se está buscando precisamente un efecto inhibitor de las conductas delictivas, siendo esta la denominada prevención general "de segunda línea" (*positiva*). Así, según DE VICENTE, bajo la prevención general *positiva*, ofertando ese "*premio*" o *atenuación* de la pena sobre la base de una reparación *se intenta lograr al menos algo de lo que no consiguió la intimidación penal*: a saber, *el prevalecimiento de los intereses del ordenamiento jurídico*. Además, a su juicio es necesaria en efecto una *conjunción* de ambos aspectos, tanto el de prevención general como el de prevención especial, ya que, aunque la reparación postdelictual del daño puede suponer tanto una compensación de la gravedad de las

las razones que recomendarían en un caso concreto el recurso a dicha vía; o bien, aún con mayor precisión, cuándo procedería o estaría al menos *justificado* acudir a este procedimiento alternativo de terminación del proceso penal, si es que el mismo hipotéticamente llegara a implantarse en nuestra justicia criminal. Y así, por ejemplo, cabría describir como supuesto de hecho idóneo (aunque no el único posible) el de un responsable de escasa peligrosidad, delincuente primario u ocasional y no marginado social, con lo que no parecerá indispensable su inoquización temporal ni su sumisión a un tratamiento por medio de la pena de prisión. A su vez, habrá de ser autor de un delito de gravedad reducida, y en consecuencia, su culpabilidad objetiva será también menor, de tal manera que se tengan en cuenta tanto una perspectiva de prevención general positiva como asimismo las teorías retribucionistas y las teorías dialécticas de la unión¹⁰⁵. En efecto, de acuerdo con éstas, la pena que en principio resulte aplicable según criterios de eficiencia preventivo-especial deberá adecuarse

igualmente a la medida de la *culpabilidad por el hecho cometido*, que en verdad funciona como límite (superior) infranqueable para esa sanción. Y en conclusión, a efectos de someter el caso concreto a la mediación, la culpabilidad subjetiva del imputado tendrá que mostrarse también atenuada por sus circunstancias particulares, lo que deberá ponderarse bajo una orientación preventivo-especial, que valore la utilidad resocializadora necesaria y posible en las medidas restauradoras aplicables.

De cualquier forma, es preciso reconocer que la aplicación de esta nueva técnica en lugar del concepto clásico de sanción penal ha de moverse en el plano de una tensión entre distintas tendencias opuestas que informan actualmente y desde hace ya tiempo la política criminal, como pueden ser la orientación *garantista*¹⁰⁶, la *abolicionista* o la propia de la *criminología crítica* y la puramente *prevencionista* o *resocializadora*. De ese modo, aun siendo conscientes de la considerable simplificación que implica tal aseveración, es cierto que la implan-

consecuencias del hecho, valorable desde la prevención *general* positiva, como una expresión de la personalidad del delincuente (a saber, de su "regreso voluntario a la legalidad", de su *menor peligrosidad*), considerable desde la prevención *especial*, ni un elemento (*valor de resultado* de la reparación) ni otro (*valor de acción* de la reparación = esfuerzo del culpable, de cierta seriedad en relación con sus posibilidades personales) resultan suficientes para configurar la causa atenuante de la pena, sino que se requieren ambos (pág. 364). Por su parte, estima también ROXIN (citado por ALCÁCER GUIRAO, R., "*La reparación en Derecho Penal...*", *cit.*, págs. 86 y 87), desde una perspectiva armonizadora, que los mecanismos de reparación y conciliación pueden y deben perseguir tanto la *resocialización* del culpable, por cuanto que le fuerzan a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y con los intereses de la víctima, como la *prevención general*, en la medida en que contribuyen notoriamente al restablecimiento de la paz jurídica. Y según sus palabras, "sólo cuando se ha reparado el daño podrán la víctima y la colectividad —incluso sin la imposición de una pena— considerar allanada la conmoción producida por el hecho". Igualmente, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 260, 261, 264, insistiendo sobre todo en que la reparación y mediación cumplen el objetivo, común a todo el Ordenamiento jurídico, de *pacificación de las relaciones sociales*, idea que, según defiende el propio ROXIN, desde luego se encuadra en el fin de *prevención general positiva* o *de integración*. También SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, "*Sobre la relevancia...*", *cit.*, págs. 192, 193, 198 a 200, admite que la reparación debe configurarse como una vía para el cumplimiento de los fines clásicos del Derecho Penal: en particular, la *prevención especial resocializadora* y la *prevención general positiva* o *de integración*, siempre y cuando el alcance de dicha institución se mantenga dentro de los límites en los que puede desempeñar tal función estabilizadora del Ordenamiento, sin que un abuso de la misma llegue a provocar la desconfianza de la población en la eficacia de las normas (lo que constituiría un sacrificio de la víctima potencial en aras de la víctima concreta o actual). Por otra parte, a juicio de ALCÁCER GUIRAO, R., "*La reparación en Derecho Penal...*", *cit.*, págs. 87 y 88, también en cuanto a la institución de la *reparación*, a pesar de tal referencia a la *prevención especial* será en realidad la *prevención general* la única que pueda otorgar acogida a esa figura, según sostiene además la doctrina mayoritaria, ya que existen muchos más puntos de conexión entre ellas. En efecto, recuerda ALCÁCER que tanto la *reparación* como el principio de la *prevención general* se orientan preferentemente hacia las víctimas (frente a la *prevención especial*, que se dirige al agresor), amén de que ambos argumentos se centran más bien en la reacción inmediata al delito que en la evitación futura de nuevas infracciones (como hace en cambio el paradigma *resocializador*): así, la *prevención general positiva* restablece y recupera la confianza social en la vigencia de las normas y la *reparación* reafirma las legítimas expectativas de la víctima y de la Comunidad hacia una compensación y hacia dicha estabilidad normativa.

105 En este sentido, estima, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, "*Sobre la relevancia...*", *cit.*, pág. 198, que deberá prescindirse de la figura de la *reparación* "en la medida en que se halle contraindicada por razones preventivas".

106 A propósito de esa propuesta *garantista*, por ejemplo, ha de tenerse en cuenta que los defensores de la Justicia restauradora vienen siendo objeto desde hace tiempo de importantes críticas y objeciones por parte de los ya citados (*just-deserts theorists*) (*desert* = "lo que cada uno se merece"), designación que en los EE.UU. ha recibido dicha corriente *neoclásica* o *garantista*, de acuerdo con la que el ejercicio del *ius puniendi* estatal habría de estar en todo caso limitado *formalmente* por los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad o igualdad, entre otros. Así, tales autores consideran que el nuevo modelo no incorpora en grado suficiente los necesarios principios y *garantías* que en cambio presiden el sistema judicial penal tradicional. Con respecto a esta controversia, *vid.* ampliamente HUDSON, B., "*Restorative justice...*", *cit.*, pág. 626; LARRAURI, E., "*Tendencias actuales...*", *cit.*, págs. 452 a 455. Y en relación con la "*just-deserts-theory*", *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, *cit.*, págs. 35 y 36.

tación práctica de dicho enfoque restaurador podría dejarse guiar alternativamente por todas esas diversas propuestas teóricas, llegándose a resultados muy diferentes en cada caso, y también lo es que, a la postre, su puesta en marcha tendría que acoger los aspectos más positivos o aceptables de al menos varias de ellas. Sin embargo, por ejemplo, *a priori* habría que rechazar o como mínimo ser expresamente cautelosos con ciertos argumentos *abolicionistas* que pueden implicar y que de hecho incorporan claramente determinadas posiciones teóricas en el marco de la Justicia restauradora¹⁰⁷. En verdad, cualquier intención de instaurar tales novedosos mecanismos para la resolución del conflicto penal como vía de superación

absoluta y de erradicación de la ley y la jurisdicción penal tal y como las conocemos hasta ahora resultaría tremendamente utópica, y con seguridad, a largo plazo contraproducente. Por consiguiente, toda pretensión de *devolver a la sociedad la resolución de la controversia originada por el delito* deberá contemplarse con una extrema prudencia, precisamente en orden a evitar arbitrariedades y un posible regreso a la justicia privada, exenta de las imprescindibles garantías, formales y materiales, de igualdad ante la ley, de proporcionalidad de la sanción a la gravedad del hecho, etc., tanto para el agresor como para la víctima de la infracción¹⁰⁸.

107 En efecto, WRIGHT, M., “*The Court as last resort...*”, *cit.*, pág. 665 *in fine*, defensor de los métodos restauradores, propugna que la propia Comunidad social en su conjunto desarrolle programas de disminución de la criminalidad, como actividades educacionales para los jóvenes, etc., y asimismo, “*otras formas de reducir la presión frente al comportamiento infractor*”. Y entre sus fuentes doctrinales nombra este autor a HULSMAN, uno de los máximos representantes de la Criminología crítica, base ideológica adoptada por las corrientes abolicionistas del Derecho Penal. Por su parte, considera LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 440 a 442, dicha tendencia abolicionista, junto con la victimológica, como las dos que fundamentalmente han dado origen al movimiento restaurador, además de la intervención de determinados grupos críticos frente al sistema penal y favorables a buscar alternativas a la pena privativa de libertad. Igualmente, comenta ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, pág. 85, que los orígenes del planteamiento de la *reparación* como movimiento político-criminal se hallan en el fracaso y la deslegitimación de la ideología resocializadora, *auspiciada* dicha crisis *por las tendencias abolicionistas*. Y en este sentido, ciertas propuestas radicales defienden la sustitución absoluta del sistema penal por otra justicia más participativa y compensatoria, que *devuelva el conflicto a la víctima* y lo resuelva a través de un encuentro, reparación y conciliación entre ésta y el autor. A la misma cuestión se refiere SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, *cit.*, págs. 20, 21 y 22, objetando que, aunque tales soluciones pudieran ser eventualmente viables en aquellas Comunidades pequeñas y alternativas desde las que han sido defendidas (como las de los países de Holanda o Noruega), no resultarán en cambio compatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas. Aún más, continúa argumentando SILVA que el propósito de los abolicionistas de “dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos” se antoja muy dudosamente acertado, y que tal sistema de negociación privada, aunque quizás contribuya al vigente proceso de despenalización de algunos delitos de relativa bagatela, en absoluto puede pretender seriamente sustituir al DP en su verdadero núcleo, la criminalidad violenta, así como en muchos delitos patrimoniales y socioeconómicos. Y, en definitiva, los intentos aislados hasta ahora llevados a cabo en tal dirección, por ejemplo en EE.UU., con la finalidad de reemplazar el Derecho Penal por otras formas de “solución del conflicto” y de reintegrar a la sociedad de alguna manera dicha función, no habrían arrojado un balance *excesivamente positivo* (pág. 25). En cualquier caso, la doctrina penal mayoritaria habría admitido la introducción de otro tipo de medidas menos onerosas para el responsable que la privación de su libertad, aunque sólo fuera para concretos ámbitos de delincuencia y para delitos de gravedad media o escasa.

108 En este mismo sentido, consúltese el *Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, *cit.*, págs. 27 y 28. A juicio de ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, pág. 85, la mayoría de la doctrina favorable a dichos mecanismos de reparación habría adoptado una postura menos ingenua que los abolicionistas, proponiendo la *integración* de esos métodos con el sistema penal en vigor. Y en efecto, los propios teóricos de este paradigma restaurador han advertido de la necesidad de una moderación en la atribución de mayores competencias al foro social: *vid.* MORRIS, A., “*Critiquing the critics*”, *cit.*, pág. 609, el significado de “implantar a la Comunidad” ha de ser definido de un modo bastante restrictivo a fin de impedir disfuncionalidades como el vigilantismo, formas de justicia popular, represivas y retributivas, etc. Por su parte, con contundencia deslegitima estos modelos “transaccionales”, partidarios de la sustitución total o parcial del Derecho penal formal por un sistema de mediación y conciliación, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, págs. 187 a 189, partiendo de que en tales sistemas los principios de igualdad, culpabilidad, legalidad, etc., jugarían un papel *nulo*; el nuevo protagonismo de la víctima podría implicar tanto un “retorno a la dramatización” como la consiguiente amenaza para las garantías del imputado y otros principios penales clásicos. Por consiguiente, para SILVA la única opción correcta a la hora de admitir la introducción de las nuevas propuestas restauradoras en el Derecho penal pasa por *insertar la orientación hacia la víctima actual del delito en el contexto clásico de un Derecho penal orientado a la víctima potencial*, es decir, fundamentado en la teoría tradicional de los fines de la pena, buscándose entonces un equilibrio entre aquellas tendencias y las garantías propias del Ordenamiento criminal (págs. 193 a 195). En consecuencia, el concepto de reparación penal que él propone se separa plenamente de las tendencias destipificadoras y de privatización de los ilícitos penales, de aquellas iniciativas que persiguen la sustitución del Derecho penal formal por una solución extrajudicial de los conflictos (pág. 202). Cfr. también BRAITHWAITE, citado por BOTTOMS, A., “*Some Sociological Reflections...*”, *cit.*, pág. 107; así como ASHWORTH, A., “*Responsibilities, Rights...*”, *cit.*, págs. 584 y 591: el Estado no debe en ningún caso ceder todo el espacio a la intervención autónoma de la Comunidad, sino que

No obstante, al mismo tiempo, desde una perspectiva *garantista* y de *prevención general*, criterio que viene a ser el dominante o básico en las tesis más recientes¹⁰⁹, puede resultar coherente la acogida de nuevos sistemas alternos a la pena tradicional privativa de libertad¹¹⁰, en la medida en que, siendo ésta de modo reconocido un mal para el delincuente, estará justificado que se busquen otras formas de estabilización del orden jurídico más humanizadoras y respetuosas con los derechos personales de aquél¹¹¹, y no necesariamente menos eficaces según tal perspectiva preventiva. A su vez, dicho planteamiento especialmente sensible a las necesidades individuales del reo puede encontrarse de acuerdo con las conclusiones

más defendibles dentro del paradigma *resocializador*¹¹², en lo que éste ha supuesto finalmente de progreso para el Derecho penal moderno¹¹³. En efecto, la introducción en el Ordenamiento jurídico-penal de esta nueva forma restauradora de justicia puede interpretarse como un intento de incorporar el ideal resocializador “ya antes, concretamente en el momento legislativo”¹¹⁴.

Y es que, al parecer, sería en virtud de una combinación de los diferentes principios político-criminales propuestos en las últimas centurias como se lograría el cénit o la “síntesis adecuada” en el proceso evolutivo hasta ahora experimentado por el Derecho Penal y la Ciencia que lo estudia¹¹⁵. De hecho, varios autores han

debe siempre conservar una parte importante de su control sobre el proceso penal, al objeto de asegurar a los afectados, víctima e imputado, la defensa de sus derechos y garantías en el mismo. Así, la imparcialidad, como valor clave que es en el proceso judicial, se encuentra igualmente, por lo que se refiere al modelo de la Justicia restauradora, en tensión con otros valores como “participación, implicación y legitimación” (de la Comunidad). Pero esa tensión podrá ahora resolverse, se dice, desde que *cabe fundamentar una mayor intervención* por parte de miembros de las *Comunidades* afectadas al tiempo que se insiste en que *el poder de adoptar la decisión* tiene que *permanecer* en manos *imparciales*. Por consiguiente, entiendo, aún haciendo acopio de las objeciones y advertencias formuladas no parece que haya inconveniente en que, para determinados casos y con las necesarias precauciones características del sistema penal (es decir, siempre que se respeten los criterios de proporcionalidad, seguridad jurídica, intervención aseguradora del órgano judicial, consentimiento de las partes implicadas, igualdad ante la ley, y el resto de las garantías irrenunciables del Derecho Penal en nuestro Estado constitucional) se introduzca la modalidad de la mediación/reparación a fin de poner término a algunos de esos “conflictos”, derivados de un hecho delictivo. De hecho, tal y como reseña LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, pág. 441, esta actitud mucho más prudente, armonizadora y *dialogante* respecto de la justicia convencional y sus principios básicos sería la que habrían adoptado la mayoría de los representantes del planteamiento restaurador, incluido BRAITHWAITE.

109 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, *cit.*, pág. 201.

110 Así lo entiende, como ya se ha mencionado previamente, ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 86 y 87, quien remite en este aspecto a ROXIN.

111 En este sentido, recuerda LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, pág. 442, que ciertos grupos críticos hacia el sistema penal han saludado también con agrado las nuevas tendencias restaurativas en la medida en que estas suponen una apuesta por alternativas distintas a la pena de prisión, menos perniciosas para el delincuente.

112 A favor de los efectos *resocializadores* de la mediación/reparación, *vid.* ROXIN, reseñado por ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, pág. 86; *Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, *cit.*, págs. 25 a 30; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima...*, *cit.*, págs. 214 y 215; DE VICENTE REMESAL, J., *El comportamiento...*, *cit.*, págs. 377 a 382: la actuación post-delictiva reparatoria del sujeto puede ser un indicio, independiente y autónomo del propio hecho ilícito, para el conocimiento de su menor peligrosidad futura y de su regreso voluntario a la legalidad, con lo que concurriría una menor necesidad preventivo-especial de pena; ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, *cit.*, págs. 6 y 7; MANNOZZI, G., “*Collocazione sistematica e potenzialità...*”, *cit.*, pág. 129; PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 375 a 377; así como HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, págs. 239 y 240, considerando que el objetivo de *resocialización* del delincuente puede incluso primar, en ciertos casos, sobre el estrictamente *restitutivo*, entendido como reintegración individual de la víctima concreta. En contra, en cambio, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 86 y 87, refiriéndose a la *reparación*: aunque ésta pueda implicar también un efecto de reinserción social o incluso de intimidación del responsable, ello será “un feliz añadido, pero no puede venir a justificar la reparación como una respuesta penal”. Por su parte, ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *La reparación a la víctima...*, *cit.*, págs. 225 y 241, exige, a fin de que la reparación contribuya a la resocialización, que la misma sea totalmente *voluntaria*, con lo que se excluye la posibilidad de configurarla como pena coactiva. Y aún así, opina ALASTUEY, pese a dicho potencial resocializador convendría ser prudente a la hora de decidir integrar esta figura dentro de las consecuencias jurídicas del delito, como sustitutivo de la pena tradicional.

113 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, *cit.*, págs. 39 y 40.

114 SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *ibidem*, pág. 37: dicho objetivo resocializador podría buscarse introduciendo *nuevas formas de reacción punitiva* y planteando *alternativas a la pena*, “especialmente la responsabilidad civil”.

115 En todo caso, que tal dinámica de la mediación constituye una cierta superación del modelo clásico retributivo o incluso del defensor-garantista lo demuestra el nuevo rol que corresponde al mediador: éste únicamente podrá mantener su verdadera identidad normativo-profesional y técnica, se ha dicho, mientras que su posición no se instrumentalice en favor de la necesidad de una respuesta jurídica y de alarma social; mientras que se mantenga alejado de condicionamientos basados en modelos culturales o en

declarado abiertamente que este paradigma *restaurador* vendría a constituir un tercer modelo de aplicación de la Justicia, sucesivo a los de retribución y rehabilitación y surgido a partir de la crisis del Estado social¹¹⁶. Por lo tanto, la apertura hacia nuevas técnicas sancionatorias o resolutorias exigirá que las mismas se adapten tanto al patrón de la proporcionalidad de las penas¹¹⁷ y su humanidad o respeto a la dignidad individual, como al de resocialización y tratamiento del delincuente, como también al de prevención de los delitos y protección de

la sociedad. En este último sentido, por ejemplo, las medidas acordadas al término del proceso de conciliación, tales como una reparación económica por el daño moral o material, una disculpa o una prestación personal, deberán ser de tal alcance que supongan efectivamente una reducción en la *necesidad* de pena para ese concreto agresor, al compensar hasta cierto punto la alteración del orden normativo producida por su delito¹¹⁸. De esa manera podrá renunciarse razonablemente a cualquier otro mecanismo punitivo adicional¹¹⁹, o bien a la con-

la exigencia de reacciones sociales del momento en respuesta al problema criminal. Y ello no quiere decir que este intermediario deba distanciarse de la realidad, sino que deberá interiorizarla y vivirla con la autonomía precisa, de cara a satisfacer los fines de dicha institución restauradora. Cfr. ESPOSITO, E., “*La mediazione penale minorile...*”, *cit.*, pág. 3; así como en págs. 4 *in fine* y 5, donde reconoce que la mediación parte de la necesidad de superar los modelos reeducativo y retributivo de la pena, introduciendo el hecho delictivo en una dimensión ideológica nueva entre los dos actores principales del proceso penal (víctima y autor), disminuyendo la presión del concepto de Estado y restituyendo a la Comunidad sus funciones como recurso e instrumento de acción para procesos reales de cambio individual y colectivo. Igualmente, defendiendo esta perspectiva integradora o ecléctica expresamente para la Justicia restauradora, *vid.* HUDSON, B., “*Restorative justice...*”, *cit.*, págs. 626 y ss. Por el contrario, como se viene explicando, en opinión de ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 87, 89, 92 y 93, sólo el principio de la prevención *general* podrá legitimar desde el punto de vista teórico el planteamiento de la reparación en el Derecho Penal, aunque con la intención de integrar más este método en el sistema se le haya puesto de hecho en relación con todos los fines de la sanción. Por lo tanto, si se pretende implantar dicho modelo en el Ordenamiento penal español, la reparación deberá orientarse y determinarse en función del daño causado a la sociedad en su conjunto, y no (sólo) a la víctima individual, de forma que implique y logre una reafirmación de la vigencia de las normas. Y a su vez, dicha restitución podrá desarrollar efectos atenuantes, sustitutivos o alternativos a la pena en la medida en que efectivamente conlleve una *menor necesidad* de ésta al haber disminuido el agresor a través de la reparación el quebrantamiento de la vigencia normativa que supuso su conducta.

116 *Vid.*, por ejemplo, ESPOSITO, E., “*La mediazione penale minorile...*”, *cit.*, pág. 5, y GIACCA, F., “*La mediazione penale minorile, una risorsa...*”, *cit.*, pág. 1. De modo similar, habla de una “tercera vía”, adicional a las penas y a las medidas de seguridad, ROXIN (citado por ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, pág. 86).

117 En particular, sucede que algunos autores habrían criticado la disconformidad de dichos programas *restauradores* con el *principio de proporcionalidad de las penas respecto de la gravedad del delito*. Sin embargo, en opinión de MORRIS, A., “*Critiquing the critics...*”, *cit.*, pág. 610, dicha proporcionalidad, uniformidad, y coherencia (entendida esta última como igualdad en la aplicación de la ley) deberían predicarse en la Justicia restauradora respecto del *proceso*, y no respecto del resultado. En efecto: según MORRIS, en este sistema tal es lo que se requiere y es necesario, y esa uniformidad y coherencia en los resultados se conseguirán teniendo en cuenta las necesidades y los deseos de la víctima, el agresor y sus Comunidades sociales. Por lo tanto, los acuerdos adoptados por las partes, aunque resulten distintos para casos similares no tienen por qué ser ilícitos o discriminatorios si son el producto de un consenso genuino, no forzado y completamente voluntario entre ellos, “incluidas las víctimas”. Es decir, parece que MORRIS hace aquí hincapié en una justicia o equidad *material, sustantiva, efectiva*, más que formal. Y en tal sentido, se pregunta la autora por qué la equidad, justicia y la proporcionalidad de la pena respecto de la ofensa, considerados como intereses del agresor, tienen que ser valores más importantes que esa misma justicia o equidad para o desde el punto de vista de las víctimas. En definitiva, entiendo, de acuerdo con dicho planteamiento *material* todavía resultará más factible armonizar ese modelo de la mediación y compensación con los principios de proporcionalidad y de equidad de la sanción impuesta al agresor. Asimismo, estima LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 453 y 454, que, amén de tales argumentos y otros diversos aportados por los defensores de la Justicia restauradora (por ejemplo, el hecho de que *no* contemplen ese principio de *igualdad* de los acuerdos como un valor rígido y superior a los de *reparación o reinserción*, o que se conformen con que dicho convenio guarde una “razonable proporción” con el mal causado), aquellas críticas, en realidad, ya no tienen actualmente por qué ser certeras, en la medida en que, en virtud de una adecuada regulación legal y de la intervención del Estado a través del mediador y de la supervisión del órgano judicial, podrá evitarse, por ejemplo, que los acuerdos de reparación resulten desproporcionadamente severos con respecto a la gravedad del hecho delictivo. En cualquier caso, señala HUDSON, B., “*Restorative justice...*”, *cit.*, pág. 629, que las opiniones más actuales en materia de Justicia restauradora abogan por acoger el criterio de la proporcionalidad en relación al daño causado como límite superior de aquellas medidas onerosas que podrán imponerse al agresor. Y en general, la concepción e implantación de ese procedimiento como nueva modalidad de Justicia efectiva exige urgentemente una clarificación de todas las preguntas que están emergiendo en cuanto a los estándares, garantías y derechos que deben presidir tales programas.

118 Cfr., como se ha indicado *supra*, ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 92 y 93.

119 En tal sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, *cit.*, pág. 200, teniendo en cuenta la utilidad resocializadora de la reparación y la importante contribución que ésta puede prestar asimismo al restablecimiento de la paz jurídica, en ocasiones dicha contribución podrá ser *suficiente*, de modo que pueda prescindirse de cualquier otra consecuencia jurídico-penal.

creta o más elevada sanción que inicialmente correspondiera. En definitiva, así quedarían cubiertos tanto los fines de realización de la justicia propios de las teorías absolutas de la pena¹²⁰, como los de prevención especial y prevención general (teorías utilitaristas)¹²¹. Y en efecto, tal opción legitimadora se hallaría en conso-

nancia con las explicaciones dogmáticas más actuales en relación a *los fines del Derecho Penal y de la pena* en los Estados democráticos y constitucionales, mostrando dichas posturas un carácter preferentemente ecléctico y de síntesis de los diversos principios citados¹²².

120 En particular, comenta LARRAURI, E., "*Tendencias actuales...*", *cit.*, pág. 445 y nota 7, que los representantes del modelo restaurador se han planteado efectivamente hasta qué punto éste resultaría compatible o no con las teorías retribucionistas más modernas (defensoras de la pena "justa"), de tal manera que habría tanto autores partidarios de dicha unión como contrarios a ella. Si bien dicho concepto de pena "justa" ya no se corresponde con el valor absoluto y abstracto de la "justicia", sino más bien con "la estimación social concreta acerca de cuál es la sanción justa en un determinado caso". Por tanto, el término "justicia" pasa a denominar "la necesidad psicológico-social de pena o de venganza", de tal manera que las teorías consideradas *retribucionistas*, una vez perdida su base en los ideales de justicia absoluta, se han convertido paulatinamente en concepciones preventivo-integradoras, de prevención general positiva. Sobre ello, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, *cit.*, págs. 202 y ss., citando como ejemplo de dicha evolución a JAKOBS.

121 Cfr. igualmente SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, *cit.*, págs. 37, 40, 41 y 202, en especial. Por consiguiente, conviene también acoger algunos de los postulados de la teoría garantista o "neoclasicismo político-criminal", como una de las últimas propuestas que se han realizado a nivel internacional en torno a las características formales que debe cumplimentar el Derecho penal. De ahí que un posible modelo de *mediación* deba respetar en todo caso determinadas garantías formales como las de proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad, previsibilidad, adecuación de la reacción penal a la medida de la culpabilidad objetiva y subjetiva del autor por su hecho, orientación de tal reacción hacia un propósito positivo y educador de afirmación y aseguramiento del orden jurídico, etc. (págs. 34 y ss.). El propio SILVA, en "*Sobre la relevancia...*", *cit.*, págs. 195 y 196, insiste expresamente en que la reparación y la orientación general del Derecho penal hacia la víctima concreta del delito y su mayor satisfacción tienen que estar por necesidad de acuerdo con los fines tradicionales de la pena e incardinarse en el Derecho penal clásico, dirigido esencialmente hacia la víctima potencial (fin de evitación y prevención de delitos).

122 Así, *vg.*, la llamada "teoría de la diferenciación" de SCHMIDHÄUSER, partiendo de una perspectiva básica de prevención general distinga a la hora de definir la función de la pena entre los diversos momentos en que la misma opera, desde la propia *conminación legal* hasta la *ejecución* de dicha sanción, pasando por su *determinación* por parte del juez, indicando que, entre otros, el sentido especial que la sanción penal, una vez cumplida, tendrá para la sociedad puede ser el de *la reconciliación, que permita la aceptación del penado en su seno* (cfr. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., 1971, págs. 87 y ss., citado por MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, *cit.*, págs. 99 y 100). Asimismo, también la teoría del "espacio de juego", como otra de signo ecléctico, combina los distintos paradigmas vigentes en cuanto a los fines de la pena, indicando que será "la culpabilidad por el hecho" el factor que fije el espacio inicial, constituido por los límites máximo y mínimo obligatorios de la sanción. Y a partir de ahí, habrán de tenerse en cuenta sobre todo criterios de prevención especial para determinar el nivel exacto de pena, su posible suspensión o sustitución, etc., salvo que excepcionalmente lo impidan las exigencias de prevención general (cfr. de nuevo MIR PUIG, S., *ibidem*, pág. 101). Por lo tanto, tal argumentación permitirá igualmente una posible utilización de la mediación para los supuestos de culpabilidad leve o media (por ejemplo, *lesiones*) en los que las necesidades generales de protección de la sociedad no se vieran desatendidas por la renuncia a una pena de privación de libertad, de tal forma que la opción por ese mecanismo alternativo de equiparación del conflicto resultara ajustada al nivel de reacción penal que correspondiera al hecho objetivo y a la culpabilidad de su autor. Finalmente, en nuestro Ordenamiento jurídico constitucional se reconocen como funciones de la pena, en primer lugar, las de reeducación y reinserción social del reo, como características de la prevención especial (art. 25.2 CE). Pero ello no quiere decir que se excluyan otros posibles y necesarios fines de la pena criminal, como otros de prevención *especial* (*inocuidad* provisional del responsable, en los casos de privación del ejercicio de derechos, prohibición de residencia o de desplazamiento en relación con determinados lugares, penas de prisión de cierta duración, etc.) y los de prevención *general* (intimidación, afirmación y aseguramiento del orden jurídico y evitación de delitos como forma de protección social). *Vid.* MIR PUIG, S., *ibidem*, pág. 106 a 109. Tal formulación ecléctica o sintética, pues, bien puede otorgar acomodo a soluciones alternativas de tramitación del procedimiento penal. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, en *Aproximación...*, *cit.*, págs. 210 y ss., por su parte, opta por corregir dichas teorías eclécticas que sostienen la primacía de un principio concreto, ya sea el retribucionista/garantista o el utilitarista/prevencionista para cada una de las fases en que actúan el Derecho Penal y sus sanciones (a saber, fundamentación general de la existencia del sistema penal *versus* momento particular de imposición de la pena a una acción y a un sujeto). A su juicio, en cambio, los aspectos de garantía heredados del retribucionismo (responsabilidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, ...) no sólo deben intervenir en la fijación de la sanción individual sino también en la justificación global del Ordenamiento penal. Éste, como institución, ha de responder igualmente a esas exigencias garantistas desde el mismo instante en que el legislador determine qué objetos tienen que ser protegidos, frente a qué clase de conductas, etc. Y tanto la *prevención*, general y especial, como la *garantía* de los derechos de cada ciudadano constituyen fines del Derecho Penal, ciertamente en tensión, que habrá que sintetizar al efecto de hallar el "fin legitimador" de dicho Ordenamiento jurídico. De hecho, SILVA parte de la premisa de que la *prevención* de la criminalidad o la reducción de ésta a niveles razonables es "lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado", aunque tal objetivo no llega a ser condición suficiente (por más que sea necesaria) para justificar la existencia del Derecho Penal. Así, como segunda finalidad imprescindible del Derecho Penal actual se plantea la de "reducir la propia violencia punitiva del Estado", tanto por medio del principio de intervención mínima como a través de las *garantías* individuales.

Sin embargo, en relación con el aspecto concreto de la *reparación*, no han faltado tampoco, aunque minoritarias, posturas contrarias a la admisión en el Ordenamiento penal de un elemento al parecer realmente “importado” desde el Derecho civil, que por lo tanto no estaría capacitado para cumplimentar los objetivos preventivos y de intimidación contra la criminalidad característicos de las instituciones penales. En tal sentido, se ha sostenido firmemente la imposibilidad de considerar la reparación como una *pena*¹²³, ya que no podría ajustarse al parámetro de la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad, al ser su *principio de medida ajeno* a éstos¹²⁴. Más aún: cualquier intento de adaptación a esos criterios ocasionaría la desnaturalización del instituto, así como que se perdieran, que se volatilizaran las ventajas que dicha reparación podría aportar, en el caso de ser absolutamente *voluntaria*, en orden a la resocialización del delincuente y a la reafirmación del Ordenamiento jurídico (siendo expresión entonces de una menor necesidad preventivo-general y especial de pena). Todo ello, se alega, sin olvidar que por efecto de la responsabilidad *civil* derivada del delito el autor del mismo ya se encuentra obligado de todas formas a resarcir el daño¹²⁵. En conclusión, aun produciéndose una efectiva restitución libre y espontánea, ese simple dato no bastaría en todos los casos para prescindir de cualquier

otra medida punitiva *adicional*; por el contrario, en aquellos supuestos específicos en los que, eventualmente, la *menor* gravedad del delito cometido no exigiera la aplicación de la sanción legal, procedería de todas formas acudir a un *sustitutivo* por medio del cual consiguieran satisfacerse los fines de la pena, sobre todo los de prevención *general* (vg., confirmación de la vigencia de la norma), que la reparación por sí sola no sería capaz de cumplir¹²⁶.

A mi juicio, no obstante, aunque tal modelo de la mediación presente innegables deficiencias, y en algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros, eventualmente, incluso se haya configurado de forma contraria a los principios y fines esenciales del sistema penal, en último término ello no significa que dichas carencias resulten insalvables, y tampoco que en base a esos reproches pueda descalificarse totalmente el nuevo paradigma: bastará con que, a partir de los datos que proporcione la experiencia, se lleve a cabo una progresiva mejora y depuración de dichas prácticas, a fin de superar sus fallos¹²⁷. A este respecto, y de acuerdo con la perspectiva que parece mayoritaria, la institución de la conciliación/reparación debería configurarse como un trámite o intervención previa al pronunciamiento judicial de la sentencia y *voluntaria* por parte del agresor¹²⁸ (y de la víctima, en cuanto a su asistencia a los encuentros), que no desconozca los orígenes *ius-privatistas* de la figura pero que tra-

123 De esta opinión, además de los que *infra* se citan, *vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima...*, *cit.*, pág. 218.

124 En cambio, como ya se ha dicho *supra* (págs. 26 y 27, nota 85), considera que la reparación debe basarse obligatoriamente en la gravedad de la conducta y del tipo subjetivo, SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, “Sobre la relevancia...”, *cit.*, pág. 197.

125 *Vid.* ALASTUEY DOBÓN, M.ª C., *La reparación a la víctima...*, *cit.*, págs. 242, 246 a 248: el contexto idóneo para situar un eventual mecanismo de mediación y compensación entre la víctima y el agresor sería entonces, preferentemente, el del *período de prueba* correspondiente a la *suspensión de la ejecución de la pena*, durante el cual la mediación funcionaría como otro método más de resocialización del culpable. Aunque no la comparte, a esta postura rechazante se refiere ALCÁCER GUIRAO, R., “*La reparación en Derecho Penal...*”, *cit.*, págs. 89 a 91. Por el contrario, manifiesta HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, pág. 240, que aunque de la reparación “sólo en una forma prudente, singular y relativa cabría predicar las cualidades y fines tradicionalmente atribuidos a la pena clásica”, sin embargo aquélla se justifica merced a un específico *nuevo* objetivo del Ordenamiento penal: el de la *satisfacción a las víctimas*. Y a continuación, esa utilidad sí podría combinarse con el resto de los fines penales convencionales, ya fuera porque dicho objetivo reparador fomentara estos otros, como el de reeducación del responsable, o ya fuera logrando una “perfecta compatibilidad” entre todos ellos.

126 Consúltense ALASTUEY DOBÓN, M.ª C., *ibidem*, pág. 248. En cambio, se sostiene en el citado *Proyecto Alternativo sobre la Reparación (AE-WGM)*, págs. 29 y 30, que, en los denominados casos “no simplemente insignificantes”, una restitución voluntaria del daño puede reducir el inicial contenido de injusto del hecho hasta tal punto que se declare, con carácter general o global, la insignificancia de dicha conducta. De esa manera, la realización de una compensación extrajudicial podría conducir a que el Ministerio Fiscal cerrara o terminara de modo informal el proceso. A su vez, se admite que en el ámbito de los delitos de gravedad *media*, acordada la compensación, el órgano judicial pueda renunciar a la pena tras un simple pronunciamiento de la culpabilidad del imputado, siempre y cuando sea posible prescindir de dicha sanción y de sus efectos preventivos. Por lo tanto, esta postura parece sustancialmente más permisiva que la que se ha reseñado *supra*; si bien los autores del Proyecto reconocen también que, en caso de delitos *graves*, y cuando no exista otro modo de otorgar satisfacción a las necesidades de prevención especial y general, el juez deberá acudir finalmente a la pena, incluso aunque se haya producido una adecuada reparación. Quedará entonces únicamente abierta la posibilidad de atenuar la sanción o de dar paso a una compensación paralela a la propia ejecución de la pena.

127 Cfr. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, págs. 253 y ss.

128 En efecto, frente a lo opinado por algunos autores, como ALASTUEY DOBÓN (*supra*, págs. 28 y 29, nota 90), considero con PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, pág. 265, que, si bien la existencia de un proceso, posiblemente ya iniciado, y la amenaza de una eventual condena van a ejercer una innegable influencia sobre el responsable, ello no obsta para que su decisión de reparar, de someterse a un programa de mediación con la víctima previo a la emisión de sentencia, resulte suficientemente voluntaria, libremente elegida, y por lo tanto válida en términos jurídicos.

de adaptarla a los fines y a las exigencias del Ordenamiento penal, superando por consiguiente la condición de una mera indemnización civil para incorporar otros elementos característicos del ámbito punitivo: a saber, la realización de prestaciones personales en favor de la víctima o de la comunidad, la expresión de una disculpa pública frente al perjudicado (ambas medidas, en todo caso, *consentidas* por el responsable), o bien el pronunciamiento de la culpabilidad del infractor, la asignación de ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos, etc.¹²⁹.

V. La “dinámica emocional” en el mecanismo de la mediación y otras técnicas de Justicia restauradora

A continuación, conseguida una cierta adaptación del modelo *restaurador* a los fines tradicionales del Derecho penal, todavía existen en esa nueva modalidad de Justicia determinados elementos que contrastan intensamente con los criterios lógicos e inherentes al procedimiento judicial establecido. Así, desde aquel paradigma se da acogida a aspectos *culturales, personales o emocionales* propios de los individuos participantes en el proceso, ya sean la víctima, el agresor o los representantes de la Comunidad, que normalmente permanecen por completo ajenos al interés y

al desarrollo del juicio penal ordinario, aséptico y formal, y fuera de toda consideración intelectual por parte de los órganos encargados de decidir dicho proceso. Sobre este extremo, en cambio, sorprende notoriamente el acento depositado por los teóricos *restauradores* en el factor del “intercambio”, “acercamiento” o “comprensión” cultural presente en tales reuniones o *conferencias* de conciliación, así como la realización de numerosos estudios sociológicos y criminológicos acerca de “las dinámicas emocionales” que emergen en todo procedimiento de resolución penal, ya sea éste intra o extrajudicial¹³⁰. De hecho, destacados autores como BRAITHWAITE han entendido conveniente analizar los sentimientos de *culpabilidad* y de *vergüenza* en el agresor, a fin de valorar qué incidencia pueden desplegar en el éxito de los procesos restauradores, en la consecución de un acuerdo satisfactorio de reparación e incluso en los índices de peligrosidad futura y de reincidencia por parte del imputado¹³¹. En efecto, la técnica de la mediación o conciliación penal se sustenta precisamente en ese aspecto de la comunicación o re-acercamiento entre la víctima y el ofensor como forma de resolver el “conflicto penal”, de tal modo que se desarrolla un proceso *emocional*¹³². Y en este marco, se ha descubierto que la denominada “*vergüenza restauradora*”, en-

129 Con este enfoque, como decimos, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, cit., págs. 262 a 265: así, esa reparación, en la medida en que restablece la paz jurídica, puede suponer *la retirada de la pena* como reacción habitual frente al delito, puede “basta en un buen número de casos para producir el efecto de pacificación social”, ser entendida como una “tercera vía”, y aparecer “como un instrumento político-criminal fundamental en la reacción frente al delito y no sólo como un mero subrogado de la pena”. Igualmente, desde el punto de vista de los autores del *Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, cit., págs. 25 a 30, este método sí que puede constituir una “tercera vía” de resolución del conflicto penal, siempre que se fundamente en una restitución *voluntaria* del perjuicio causado a la víctima. Bajo tal premisa, dicha reparación trasciende la naturaleza de una simple indemnización *civil* para convertirse en un *elemento personal-constructivo para la recuperación de la paz jurídica*. De hecho, se atribuyen a dicha institución tanto funciones de prevención especial (reeducación y resocialización del delincuente) como de prevención general positiva, si bien se reconoce implícitamente su falta de eficacia en cuanto a la necesidad de prevención general negativa o intimidación (pág. 26). En definitiva, en muchos supuestos (especialmente en aquellos casos que, sin llegar todavía a ser graves, presenten una entidad ya “no simplemente insignificante”), la Comunidad jurídica podrá darse por satisfecha con tal reparación.

130 Es probable que dicho factor comunicativo y emocional explique por qué la mediación se aplica sobre todo a delitos contra la integridad física, las relaciones familiares o el honor, mientras que las infracciones contra la propiedad no representan comparativamente frente a esas otras un porcentaje significativo. Así ocurre por ejemplo en Polonia, *vid.* CZWARTOSZ, E., “*Victim-offender mediation. Short notes from Poland*”, cit., pág. 2.

131 En concreto, HARRIS, Nathan, WALGRAVE, Lode y BRAITHWAITE, John, “*Emotional dynamics in restorative conferences*”, en la revista *Theoretical Criminology*, Londres, Nueva Dehli, Thousand Oaks, Vol. 8 (2), 2004, pág. 197, llegan a la conclusión de que, generalmente, el sentimiento de *culpabilidad* (conciencia de haber cometido un hecho muy grave) aparece asociado con el de *vergüenza* (evaluación negativa de uno mismo), por lo que cualquier actuación procesal en el ámbito penal que pretenda hacer comprender al delincuente que su conducta fue incorrecta tendrá que conseguir despertar en éste esa sensación de vergüenza y abochornamiento. Asimismo BRAITHWAITE, J., en “*Setting standards...*”, cit., págs. 570 y 571, indica que son principios clave en todo proceso restaurador los de *remordimiento por la injusticia causada, solicitud de una disculpa, desaprobación del hecho delictivo, perdón a la persona y compasión*, si bien su verdadero valor en el procedimiento en curso va a depender de que tales actitudes respondan a una voluntad genuina por parte de la persona afectada que perdona, o se arrepiente, o se siente culpable, etc.

132 Así, a juicio de ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, cit., pág. 3, la Justicia restauradora constituye, más que un método para resolver conflictos, un verdadero *proceso emocional*. Las emociones son el centro del diálogo que se desarrolla entre las partes, y resulta necesario trabajar con ellas a fin de superar la *crisis psicológica* que ha suscitado el delito. En cambio, en un sentido muy crítico hacia estas propuestas restauradoras y partidarias de *devolver a la víctima su conflicto*, manifiesta SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “*Sobre la relevancia...*”, cit., pág. 188, que no parece que al Derecho penal le corresponda la tarea de “restañar las heridas morales causadas por el delito o resolver el conflicto humano desencadenado por éste”.

tendida como una valoración negativa del agresor hacia su propia persona como consecuencia del remordimiento por el daño causado, puede funcionar, frente a la “vergüenza *desintegradora*” o *estigmatización*, como un elemento efectivo tanto en la prevención como en la reacción al delito. Así, por medio de dicha vergüenza “restauradora” se comunicaría al agresor desaprobación acerca de su acción al tiempo que se le respetaría y se le reintegraría en su comunidad social¹³³. Y en concreto, tal sentimiento se lograría por la vía de dialogar, durante el proceso, acerca de las consecuencias negativas que el delito ha ocasionado a otras personas, a fin de que el agresor tome conciencia de lo sucedido, experimente, por tanto, la emoción del arrepentimiento y aprenda a tratar con esa sensación de vergüenza de una forma constructiva¹³⁴.

Como conclusión se ha comentado que, si bien son numerosos los factores que intervienen en la configuración de ese clima emocional, pudiendo constatarse una notable

variación de caso a caso, cabe afirmar que en comparación con los procesos jurisdiccionales “normales”, dichas reuniones consiguen un buen manejo o elaboración de las cuestiones emocionales¹³⁵. Y en definitiva, para este sector científico-criminológico es evidente que las sensaciones del arrepentimiento, la culpabilidad o la vergüenza por los propios actos no están basadas en categorías abstractas de carácter moral o legal, sino que surgen a través de la *comprensión emocional* del perjuicio causado, de la *empatía* hacia el sufrimiento de la víctima¹³⁶. Por lo tanto, resultará esencial para la eficacia de dichas actividades de mediación, conciliación, etc., *activar en el agresor su potencial para sentir compasión*, lo que únicamente sucederá si éste llega a experimentar también ese mismo respeto y aceptación hacia su propia persona (por parte de otras)¹³⁷. En definitiva, la apreciación de tales criterios fundamentales en el orden restaurador ha de conducir, enlazando con la cuestión abordada en el epígrafe anterior, a

133 Por el contrario, esa otra “vergüenza *desintegradora*” o *estigmatización* desprecia y margina al infractor, tratándolo como un problema, con lo que en realidad no se estaría precisamente favoreciendo la erradicación de la criminalidad. En definitiva, se considera que en este ámbito el reto de los programas restauradores (entre ellos, claro, de las técnicas de mediación) consistirá en comprender cuál es la mejor forma de tratar con esa inevitable influencia o evolución que tendrá lugar en la persona del imputado, desde el conocimiento del daño que ha ocasionado a terceros (remordimiento, culpabilidad) hasta una valoración negativa de su propia persona (sentimientos de *vergüenza*). *Vid.* HARRIS, N., WALGRAVE, L. y BRAITHWAITE, J., “*Emotional dynamics...*”, *cit.*, págs. 197 y ss.

134 De ese modo, además de considerar al culpable capaz de confrontarse con lo que ha hecho, de manera que se está evitando estigmatizarlo, también se logrará averiguar qué o quién necesita realmente ser “restaurado” y, al mismo tiempo, se estarán reivindicando los derechos e intereses de las víctimas (HARRIS, N., WALGRAVE, L. y BRAITHWAITE, J., *ibidem*, pág. 198). En conclusión, según indica HUDSON, B., “*Restorative Justice...*”, *cit.*, pág. 619, esa teoría de la “vergüenza restauradora” a cargo de BRAITHWAITE sería la que más ha influido en este nuevo modelo de Justicia para el ámbito de la criminalidad *juvenil*.

135 A juicio de HARRIS, N., WALGRAVE, L. y BRAITHWAITE, J., “*Emotional dynamics...*”, *cit.*, págs. 199 a 205, tal es la gran ventaja o punto fuerte que aportarían los mecanismos restauradores frente al proceso tradicional: que, gracias a la dinámica emocional que se desarrolla en esas reuniones, puede lograrse que el agresor tome conciencia del daño que ha causado, experimente un sentimiento de *empatía* y de *compasión* hacia la víctima, se arrepienta de su comportamiento, y esté dispuesto a disculparse y a reparar conveniente el perjuicio ocasionado. Y semejante juego de emociones suele dispararse a partir del relato por parte de la víctima de la experiencia de agresión que ha sufrido, o también cuando los familiares del culpable se inclinan públicamente del lado de ésta, comprendiendo su punto de vista.

136 Afirman HARRIS, N., WALGRAVE, L. y BRAITHWAITE, J., *ibidem*, págs. 199 y ss., que, como base para *deliberar en torno a las posibles soluciones del conflicto* será mucho más adecuado *discutir* en una de esas reuniones y *en términos emocionales* acerca de por qué un comportamiento es éticamente incorrecto que perderse en *moralizaciones abstractas sobre legalismos y ética social*.

137 De este modo, *vid.* HARRIS, N., WALGRAVE, L. y BRAITHWAITE, J., “*Emotional dynamics...*”, *cit.*, págs. 204 y 205: si el ofensor percibe apoyo y “gestos de reaceptación” por parte de los intervinientes en esas reuniones o programas, podrá llegar a asumir el riesgo de intentar disculparse ante la víctima. Ello supondrá quizás un punto de inflexión en la comunicación entre ellos, en la medida en que se invertirán las posiciones: con la petición de indulgencia, el delincuente reconoce a su ofendido como titular de derechos y admite haber llevado a cabo una intromisión ilegítima e indebida en su esfera de dominio. Por otra parte, en cuanto a la víctima, la autohumillación a la que el responsable se somete al solicitar su perdón puede disminuir la humillación sufrida por ella misma a través de la ofensa, de tal manera que anule posibles deseos de venganza y predisponga a ambas partes a una reconciliación y a una solución constructiva para el proceso. Y por otro lado, dicha manifestación pública de remordimiento por parte del agresor y su ofrecimiento a reparar el daño pueden hacerle ganar el respeto, la compasión y la empatía de otros, lo que implicará su *reivindicación* o recuperación social. En definitiva, para que el procedimiento sea efectivo, y en especial *restaurador*, será preciso comprender esa dinámica por medio de la cual el agresor maneja o elabora los sentimientos de vergüenza o culpabilidad y llega a adoptar una personalidad positiva y obediente respecto de la ley.

reconocer la orientación preferentemente reintegradora y de *reinserción social* de este modelo¹³⁸, de tal manera que la teoría restauradora deberá percibirse también como una reformulación, actualización o incluso una versión aún más avanzada y audaz de la perspectiva *resocializadora*, incluida dentro del ámbito de la prevención especial¹³⁹.

VI. Experiencias de mediación a nivel de Derecho comparado y en el marco de la justicia juvenil

A continuación, conviene examinar la virtualidad preventiva y pacificadora real que tales iniciativas de reforma hayan demostrado en aquellos sistemas normativos en los

que ya se hayan empleado¹⁴⁰. A ese respecto, casi todos los Ordenamientos jurídicos estudiados coinciden en el punto de origen de dichas tendencias restauradoras, que se habría situado en el ámbito de la Justicia de menores¹⁴¹. En efecto, tanto la política criminal neozelandesa, con las denominadas “*family group conferences*”, introducidas en 1989¹⁴², como la británica, con los “*youth offender panels*” (equipos o cámaras para delincuentes juveniles)¹⁴³, o la finlandesa, a través de los programas de “mediación víctima-agresor” (*Victim-Offender mediation*), en marcha desde 1983¹⁴⁴, o asimismo la italiana¹⁴⁵, o la alemana, con sus planes igualmente de “mediación víctima-agresor” (*Täter-Opfer-Ausgleich*) desde

138 Además, se ha insistido en el valor *cultural-representativo* de tales métodos, indicándose que una de sus características esenciales es la de procurar que los sistemas judiciales penales sean *más apropiados y sensitivos desde el punto de vista cultural*. Por lo tanto, en absoluto serían ciertas las acusaciones formuladas contra este sistema acerca de la supuesta discriminación racial o reforzamiento de los prejuicios clasistas que el mismo podría ocasionar. En efecto, de acuerdo con MORRIS, A., “*Critiquing the critics*”, *cit.*, págs. 607 y 608, al menos por lo que respecta al sistema de “conferencias entre grupos familiares” en Nueva Zelanda, las minorías raciales, como la maorí, estarían incluso “suprarrepresentadas”. A su vez, las técnicas restauradoras, al ser más flexibles y proporcionar un foro donde víctima y agresor pueden encontrarse y expresarse con libertad, llegarán a favorecer en mayor medida que la justicia convencional (donde los roles de defensor, acusación, etc. ya están anquilosados e inalterables) la superación de los desequilibrios de poder entre ambos afectados, por la vía de asegurar la imparcialidad procedimental.

139 De hecho, reconoce ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, *cit.*, págs. 6 y 7, que *probablemente la forma más efectiva de control de la criminalidad sea una combinación entre los métodos de la Justicia restauradora y la rehabilitación*. En esa medida, aunque en la práctica no se haga uso de tal potencial como es debido, las actividades restauradoras ofrecen *un foro adecuado para hacer frente a las necesidades de rehabilitación* de los afectados (como los programas de desintoxicación que se pueden acordar en favor del agresor, o la terapia psicológica para las víctimas, etc.).

140 LARRAURI, E., “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 457 y 458, refiriéndose a las muy diversas investigaciones empíricas llevadas a cabo en torno a los efectos de los programas restauradores, apunta que tales estudios se han centrado especialmente en evaluar una serie de aspectos, en concreto los cuatro siguientes: el grado de satisfacción de los participantes, el nivel de justicia (equidad) de los procedimientos, el alcance de la restauración obtenida (si se ha experimentado arrepentimiento, etc.) y la efectividad de los acuerdos elaborados (reincidencia, disminución de los sentimientos de miedo de la víctima,...).

141 Constituye una excepción en este plano la legislación polaca, que dio formalmente entrada al sistema de la mediación ya para delincuentes adultos hacia 1997 (normativa en vigor desde septiembre de 1998). Además, si bien al principio dicho mecanismo tan sólo se empleaba en la fase jurisdiccional de los *procedimientos preparatorios*, y en la etapa más temprana del proceso judicial (es decir, durante el *control judicial preliminar sobre la acusación*), a partir de 2003 y a raíz de una reforma legislativa efectuada en el art. 23 del Código de Enjuiciamiento Criminal polaco, puede admitirse en cualquier momento del procedimiento penal. Y por otro lado, esta técnica de la mediación va a exigir un encuentro “cara a cara” entre la víctima y el agresor —exactamente igual que en cualquier otro procedimiento penal en el Ordenamiento jurídico polaco—. *Vid.* CZWARTOSZ, E., “*Victim-offender mediation. Short notes from Poland*”, *cit.*, pág. 1.

142 *Vid.* MORRIS, A., “*Critiquing the critics*”, *cit.*, pág. 605.

143 Estos equipos funcionan de acuerdo con la regulación prevista por la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999 (con aplicación a todo el territorio nacional británico desde 1.4.2002), que junto con la *Crime and Disorder Act* de 1998 ha supuesto el definitivo impulso para unas prácticas restauradoras con existencia constatable en la legislación británica ya desde mediados de los años 80, aunque las primeras técnicas de reparación se habrían introducido a mediados de los 90. *Vid.* sobre ello WRIGHT, M., “*The Court as last resort...*”, *cit.*, págs. 661 y 662.

144 Programas ésos que, aunque no aparecen limitados expresamente por la ley finlandesa a la criminalidad juvenil (de hecho, apenas existe legislación concreta al efecto), sí que se vienen empleando mayoritariamente en dicha esfera, y además para delitos de escasa relevancia. Al respecto, *vid.* ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, *cit.*, pág. 2.

145 Según manifiesta ESPOSITO, E., “*La mediazione penale minorile...*”, *cit.*, págs. 1 y 2, la cultura de la mediación se propone en Italia a partir de los años 80 sobre la base de la experiencia procedente de Norteamérica y de Inglaterra, y se desarrolla en primer lugar en el marco de la justicia penal de menores, si bien aún “presenta características típicas de la fase inicial de experimentación”. En todo caso, aunque la normativa procesal penal en ese país, al menos aparentemente, no proporcionaría un criterio específico en torno al espacio de aplicación de la mediación, sí que permite actuar tanto en el procedimiento para los delincuentes menores como en el “ordinario”. En concreto para los jóvenes, establece el art. 28.2 del ya citado *Codice di procedura penale minorile* (D.P.R. 448/88), relativo a la “suspensión del proceso y sometimiento a prueba” (“*messa alla prova*”, semejante a la *probation*

1985¹⁴⁶, habrían comenzado la implantación de tales proyectos en favor de los delinquentes juveniles¹⁴⁷. Y muy parecida habría sido la trayectoria descrita hasta ahora por el legislador español, que decidiera incentivar por medio de la Ley Penal del menor, LO 5/2000, de 12 de enero, la posibilidad de la mediación como modalidad de terminación de la controversia penal. En todo caso, desde finales de la década de los 90, aún bajo la anterior normativa, notablemente

más restrictiva que la LO 5/2000 en cuanto a la aplicación de la mediación, han venido funcionando con carácter estable y en distintas Comunidades Autónomas una serie de programas vinculados a los Tribunales de menores. Y a ese respecto, parece que la experiencia hasta el momento desarrollada en España, aunque limitada a la esfera de la justicia penal juvenil, puede ser valorada en un sentido positivo y bastante prometedor de cara al futuro¹⁴⁸.

anglosajona), que el juez, una vez dispuesta la interrupción del procedimiento a través de una ordenanza y remitido el joven al servicio de menores de la Administración de justicia, podrá impartir prescripciones dirigidas a la *reparación* de las consecuencias del delito y a promover la *conciliación* del menor con la persona ofendida por el mismo. Tal reforma legislativa se inspiró en una importante declaración de las NU (las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores, aprobadas en noviembre de 1985) en favor de un rol más activo de la Comunidad en la satisfacción de las necesidades de éstos, y de un recurso lo menos frecuente posible en ese ámbito a los sistemas judiciales de control rígido. Y de acuerdo con lo señalado por SCARDACCIONE, Gilda, y BALDRY, Anna, “*Sospensione del giudizio con messa alla prova e mediazione con la vittima del reato nell’opinione della magistratura minorile*”, en *Rassegna Italiana de Criminologia*, 2002, n.º 13, págs. 101 a 129 (124 y ss.), la experiencia obtenida hasta el momento en la jurisdicción italiana de menores en relación con ese procedimiento alternativo de “sometimiento a prueba” muestra que, si bien este sistema aún no se encuentra bien implementado, la actitud de la magistratura frente a él resulta indudablemente positiva. Así, a tenor del estudio realizado, los jueces de menores estiman que se trata de una institución con fines en esencia psicopedagógicos y que puede representar para el joven una ocasión de crecimiento personal y social. De hecho, no parece que resulte esencial ni siquiera el tipo de delito a la hora de decidir la aplicación o no de este método (si bien, dentro de las infracciones patrimoniales, el porcentaje de recurso a esta vía es del 73% en las leves y del 71,5% en las graves, mientras que entre los delitos contra la persona, los porcentajes descienden hasta un 68% en los leves y un 53% en los graves). Por otro lado, para evaluar el grado de éxito de la *messa alla prova* se atiende sobre todo, además de a otros factores externos (vg., el nivel de satisfacción de las obligaciones acordadas), al desarrollo psicológico del menor en cuanto a la mejora de su capacidad relacional y afectiva. Y en definitiva (entiendo que desde una perspectiva preventivo-*general*, que además distancie esa figura de la mediación penal del modelo de la mera indemnización *civil* del daño), se considera que el proyecto o acuerdo surgido de ese “sometimiento a prueba” debe contener de manera determinante no tanto un elemento de reparación directamente en favor de la víctima cuanto un “resarcimiento simbólico a la sociedad”. A su vez, en cuanto al proceso penal ordinario (imputados mayores de edad), dispone el art. 564 del *Codice di procedura penale*, bajo la rúbrica “*Tentativo di conciliazione*” (de forma semejante a nuestro *acto de conciliación* de los arts. 278 y 804 LECrim), que en caso de delito perseguible por querrela, el representante del Ministerio público podrá citar al querellante y al querrellado a comparecer ante él al objeto de verificar si aquél está dispuesto a retirar la querrela y éste a aceptar tal perdón por parte del ofendido, advirtiéndoles que a esos efectos pueden ser asistidos por abogados. Esta sería, pues, similar a ESPOSITO, una forma de activar el trámite de la “mediación” a fin de descongestionar la carga de trabajo de los tribunales. Sin embargo, no parece que, desde posiciones más innovadoras, el modelo restaurador deba limitarse a esa figura procesal tradicional de la conciliación.

146 Aunque los programas experimentales comenzaron a implantarse hacia 1985 para jóvenes o adolescentes, no fue sino hasta 1990 cuando tal iniciativa recibió sanción legal, también en principio sólo para el marco de la criminalidad de menores, en la *Jugendstrafgesetz*. (Vid. HARTMANN, Arthur/KERNER, Hans-Jürgen, “*Victim-offender mediation in Germany*”, en la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima...*, cit., abril 2004, pág. 2). De hecho, en cuanto a la delincuencia de adultos, es preciso esperar al año 1994 para contemplar la introducción en el *Strafgesetzbuch*, por la *Verbrechensbekämpfungsgesetz*, de 28 de octubre, de la figura de la Compensación del autor a la víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*) como posibilidad de que el órgano judicial tenga en cuenta a efectos de atenuación o de renuncia a la pena los notables esfuerzos del responsable por reparar su acto ilícito o por resarcir a la víctima (§ 46 a StGB). Tal precepto se relaciona, en cuanto a sus implicaciones procesales, con los parágrafos 153, 153 a y 153 b de la Ley del Proceso penal germana (*Strafprozessordnung, StPO*), de acuerdo con los cuales, bajo determinadas circunstancias podrá el órgano judicial renunciar provisionalmente a la acusación pública y, al mismo tiempo, asignar al imputado una serie de deberes o de instrucciones, por medio de las cuales se logre superar el interés público en la persecución de ese delito, siempre y cuando no se oponga a ello el grado de culpabilidad del responsable. Y entre esos deberes, uno de ellos podrá ser, según el § 153 a. 1).5 (en referencia clara al § 46 a StGB), el de “esforzarse seriamente por alcanzar una compensación con el perjudicado y, en ese sentido, reparar su hecho totalmente o en su mayor parte, o intentar dicha reparación”. Por otro lado, el § 153 permite en determinados casos renunciar a la persecución del hecho cuando la culpabilidad del autor haya de considerarse mínima o leve y no exista interés público alguno en dicho enjuiciamiento; además, bajo otras concretas premisas, se autoriza a *interrumpir* el proceso penal que ya se hubiera iniciado.

147 Precisamente sostiene GIACCA, F., “*La mediazione penale minorile, una risorsa...*”, cit., pág. 5, a propósito del sistema italiano de mediación para la criminalidad juvenil (mecanismo del “sometimiento a prueba” o “*messa alla prova*” del menor), que tal discurso resulta más complejo en el marco de la jurisdicción ordinaria, la cual se mueve exclusivamente en una lógica contenciosa, tendiente a exasperar el conflicto.

148 Cfr. CLEMENTE MICÓ, E. y LÓPEZ LATORRE, M.ª J., “*Programas de mediación...*”, cit., pág. 1.

A su vez, las nuevas técnicas funcionan con notable éxito en el Ordenamiento jurídico austriaco: en efecto, a tenor de la información facilitada por el propio *Bundesministerium für Justiz*, durante el año 2000 se habrían tramitado unos 9.151 casos de imputación penal en tal marco de la Compensación Extrajudicial del hecho o ATA (*Aussergerichtliche Tatausgleich*)¹⁴⁹. Asimismo, recientemente ha sido promulgada la Ley austriaca sobre Mediación en Asuntos Civiles, cuyas disposiciones han entrado en vigor en su mayoría a partir de mayo de 2004¹⁵⁰. Y en general, los programas penales de conciliación se encuentran en Austria totalmente asentados, tanto en la justicia penal juvenil como en la de adultos, desde finales de los 90, y su funcionamiento no plantea problemas sustanciales. Ello se debe, en efecto, a que existe una buena colaboración entre los responsables de esos mecanismos y los fiscales y jueces encargados de remitir los casos; la financiación corre en su totalidad a cargo del Ministerio de Justicia; los mediadores se encuentran adscritos exclusivamente a la Administración central y reciben una formación especial y unificada a través de las mismas asociaciones que organizan los programas, y estos últimos se hallan convenientemente regulados en virtud de la Ley Procesal Penal y otras normas. Además, dicha infraestructura de compensación se ve sometida a un control de calidad por parte de las propias entidades que prestan el servicio.

En definitiva, varios serían los factores que vendrían a confirmar la buena marcha de esas iniciativas restauradoras: en primer lugar, el elevado grado de satisfacción personal que manifiestan las propias víctimas, reflejado en la llamativa cifra de 21,2 millones de euros en los que se traduce el total de las indemnizaciones económicas percibidas por éstas a lo largo del período 1985-2005, de funcionamiento de

dichos programas (si bien, el reflejo de éstos en la legislación procesal no tiene lugar de modo exhaustivo sino hasta la reforma de 1999). Además, de esas aproximadamente 70.000 víctimas, un porcentaje global del 83% habría valorado el proceso de mediación y conciliación como “bueno” o “muy bueno”, mientras que únicamente un 4% de ellas se habrían declarado expresamente como “descontentas”. Y, según indican los estudios, frente a la ineficacia de las habituales penas de multa para satisfacer las necesidades personales y sociales de las víctimas, los mediadores se estarían en cambio esforzando por tomar realmente en serio los derechos de éstas. A continuación, ciertos estudios criminológicos habrían constatado que, en comparación con la justicia formal convencional, el sistema restaurador de la compensación resultaría más eficaz en la prevención de la *reincidencia*: en verdad, el 90% de los delincuentes primarios sometidos a ese procedimiento de compensación extrajudicial no volvieron a cometer infracción en el transcurso de los tres años siguientes a su realización, mientras que, entre los imputados por delitos semejantes ante la jurisdicción de un tribunal, dicho porcentaje de no reincidencia descendería hasta el 78 % (un 22% de ellos sí habría recaído)¹⁵¹. De otro lado, la puesta en marcha de similar alternativa procedimental supone un verdadero alivio en la carga de trabajo de los tribunales, dado que la cifra de procesos penales que éstos se habrían llegado a ahorrar en esos veinte años de funcionamiento se calcula aproximadamente en unos 83.000. Y realmente, analizando la proporción de casos criminales que se suspenden merced a un mecanismo efectivo de reparación del autor a la víctima, ha de concluirse que se trata de resultados extraordinarios: a saber, el índice de sobreseimiento se sitúa en casi el 90% de los procesos de menores y en torno a un 70% en la justicia penal de adultos¹⁵².

149 De acuerdo con el testimonio aportado por KOSS, Christoph, “TOA Qualität auf dem Prüfstand bundesweite Einführung eines Gütesiegels. Vorbemerkung zum TOA Qualitätszertifikat”, pág. 1, artículo publicado en junio de 2005 en la página web de la asociación “Neustart” (www.neustart.at), cada año serían transferidos a las dos entidades competentes para la tramitación de esos programas de compensación unos 9000 casos penales (lo que equivaldría a unos 16.000 afectados, entre imputados y víctimas). La asociación “Neustart” es de hecho una de esas dos instituciones que en Austria se encargan de tales programas de mediación. Y aunque originariamente de carácter privado, desde 1994 está oficialmente concertada con el Ministerio de Justicia austriaco para la prestación de diversos servicios sociales de ayuda a los imputados o penados.

150 En su título original, *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen o Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, abreviada *ZivMediatG*, promulgada a través del Boletín Oficial (BGBl) I N.º. 29/2003. No obstante, según declara su § 2º. 2, acerca del “objeto de regulación”, tal ley no producirá modificación alguna en cuanto a la forma y margen de actuación del llamado “regulador del conflicto” en el marco de la Compensación Extrajudicial penal, de acuerdo con el § 90.g.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal austriaca (öStPO).

151 En cualquier caso, a propósito de la efectividad de la Justicia restauradora en la disminución de la reincidencia, comenta LARRAURI, E., “Tendencias actuales...”, *cit.*, págs. 456 y 457, que las diversas investigaciones criminológicas efectuadas en torno a ese dato no arrojan resultados unánimes, por lo que en la actualidad no puede llegarse a una conclusión certera sobre ello. Y en todo caso, con independencia de que tal modelo restaurador pueda presentar ciertos aspectos favorecedores de dicha reducción, lo cierto es que para poder realmente combatir la reincidencia, éste (como la justicia tradicional) necesitaría disponer de buenos programas y recursos con los que hacer frente a los verdaderos motivos de la delincuencia (adicciones, desempleo, desigualdades económicas y sociales, etc.), los cuales deben ser de todos modos suministrados por el Estado, sin que ello dependa entonces en sí de la mayor o menor potencialidad resocializadora de los propios métodos restaurativos. Asimismo, véase lo comentado *infra*, pág. 54, nota 171.

152 Cfr. con la información aportada por el artículo “21,2 Millionen Euro...”, *cit.*, págs. 1 y 2.

De todas formas, a tenor del § 90g de la öStPO, el proceso de compensación y la adopción de un acuerdo dependen también de la aquiescencia de la víctima, que ha de estar “dispuesta” a ello y prestar su consentimiento. La iniciativa para emprender dicho proceso correrá a cargo normalmente del Fiscal, que podrá informar previamente a las partes, imputado y víctima, acerca de tal opción, hacerse con los servicios de un “regulador del conflicto”, e incluso, ya durante el procedimiento, seguir dirigiendo y asesorando a aquéllas. A su vez, el citado mediador deberá hacer llegar al Fiscal los resultados conseguidos, así como comprobar que los interesados respeten y cumplan las medidas que ellos mismos han convenido. Y por último, si el imputado viene acatando tales obligaciones hasta un punto en el que, teniendo en cuenta el resto de su comportamiento, pueda suponerse que seguirá respetando el pacto, el “regulador” habrá de comunicarlo al Fiscal por medio de un informe final. Igualmente tendrá que darse aviso al Ministerio público cuando, habida cuenta de la marcha de las negociaciones, no pueda ya esperarse razonablemente que se logre un acuerdo. Pues bien, resulta evidente que, al menos en Austria, este sistema funciona: conforme a las últimas cifras disponibles, de los aproximadamente 9.500 casos que se tramitan en un año el 80% de ellos termina con un balance positivo. Y de hecho, los expertos dan cuenta ya de diversos supuestos, incluso en el ámbito de la violencia de género, cuyos resultados notablemente útiles y ventajosos para las partes permiten concebir expectativas serias en cuanto a la funcionalidad de este método restaurador¹⁵³.

Por el contrario, en Alemania, aunque tales iniciativas vendrían igualmente funcionando desde hace unos 20 años, los resultados prácticos habrían sido muy distintos. En ese sentido, se critica la dispersión y desorganización que padecen dichos programas, ya que éstos no son ofertados y administrados por una única institución sino por muchas diversas, y eso mismo ocurre con la financiación de semejante práctica, que se reparte entre el Estado cen-

tral, las regiones, las comunidades locales, etc. —lo que se traduce a menudo en una carencia real de medios—. De ahí que, a continuación, surjan divergencias entre los responsables de los programas y las instancias oficiales encargadas de enviarles los casos, ya que cada una de las partes presiona a la otra al objeto de que asuma un mayor número de supuestos. Como consecuencia, tal método de Compensación-Autor-Víctima (*TAO*), pese a contar con un anclaje legal, se emplearía relativamente poco y desde luego aún no llegaría a percibirse como un instrumento asentado de la Administración de Justicia al que pudiera normalmente recurrirse¹⁵⁴.

A continuación, Australia sería otra de las naciones en las que, a tenor de los datos publicados, puede hablarse de la buena marcha de dichas iniciativas. De hecho, se considera que tal estado, junto con Nueva Zelanda¹⁵⁵, son líderes mundiales absolutos en la utilización del sistema de “encuentros familiares” (*family conferences*) como una nueva forma restauradora de justicia, en especial en el marco de la delincuencia juvenil¹⁵⁶. A ese respecto, de acuerdo con un informe elaborado en 2002 para el conjunto del país por la Oficina de Estadística e Investigación Criminal de Nueva Gales del Sur, el estado más industrializado y poblado de Australia, se ha demostrado que, en ese ámbito de la jurisdicción de menores, un programa de encuentros (*conferences*) a gran escala puede dar lugar a una reducción de entre un 15 y un 20% en los índices de reincidencia para distintos tipos de delito, y con independencia de otras variables implicadas tales como el origen étnico, la edad, el sexo o la historia criminal de los agresores¹⁵⁷. En este sentido, dicho método funciona como una verdadera alternativa (*diversion*) al proceso penal formal, *sustituyendo* entonces la intervención del tribunal; si bien el paradigma de la Justicia restauradora incluye tanto ese tipo de prácticas realmente equivalentes al juicio ordinario como otros procedimientos paralelos a éste, o simplemente la figura de las reuniones esporádicas entre víctima y ofensor en cualquier momento del proceso cri-

153 Véase lo sostenido por HÖNISCH, Bernhard, “*Die Wahrnehmung der Interessen von Geschädigten im Rahmen des Außergerichtlichen Tauschgleichs*”, pág. 3, publicado en la página web de la asociación *Neustart*, ya citada (www.neustart.at), junio de 2004.

154 Vid. KOSS, C., “*TOA Qualität...*”, *cit.*, pág. 1.

155 En Nueva Zelanda, concretamente, como ya sucede también en otros Ordenamientos jurídicos (el argentino o el francés), la mediación opera sobre la base de una legislación *ad hoc* y a nivel nacional. No obstante, el sistema neozelandés se distingue porque en él, bajo determinadas condiciones, la remisión de los casos a dichos programas de justicia penal juvenil es obligatoria (en Argentina lo es, pero en el marco civil; y en otros países resulta siempre facultativo el recurso a esta alternativa).

156 LARRAURI, E., en “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 439, 442 y 443, las denomina “conferencias de familia”, y apunta el dato de que, en los últimos tiempos, tal sistema, favorable a una mayor intervención de la Comunidad próxima a la víctima y al infractor, estaría ganando preponderancia frente al método más clásico de la mediación.

157 Comprobar en el Boletín sobre “*Problemas de reducción de la criminalidad*” (“*Crime reduction matters*”) editado por el Instituto Australiano de Criminología, n.º 20, de 24 de febrero de 2004, pág. 1 (en Internet, www.aic.gov.au). Acerca de tal información, en todo caso, véase lo indicado *supra*, pág. 47, nota 151.

minal y correlativas al mismo¹⁵⁸. De otra parte, como un elemento de prueba más acerca del “triumfo” de ese mecanismo de la mediación, en particular en el apartado de la justicia juvenil, puede señalarse que al parecer estaría incrementándose el número de casos de delitos sexuales que estarían accediendo a él: así, desde la introducción del nuevo sistema, en 1994, hasta el año 1998, dicha cifra habría aumentado en más de un 100%¹⁵⁹.

Seguidamente, de acuerdo con los informes presentados por juristas y criminólogos expertos en la materia, con excepción de las citadas Australia y Nueva Zelanda sería Canadá aquella jurisdicción nacional en la que los métodos de Justicia restauradora se habrían desarrollado con mayor rapidez y habrían arraigado con más profundas raíces. De

hecho, en este caso el nuevo movimiento habría influido en una doble dirección: en primer lugar, habría logrado introducir determinadas alternativas al proceso penal tradicional, y a continuación, habría incidido también en la forma de dictar sentencia de los propios tribunales convencionales, motivando una serie de reformas legales en ese ámbito, dirigidas, por un lado, a designar expresamente la finalidad *restauradora* y *reparadora* como objetivo de la sentencia o condena (reconocido por la ley desde 1996)¹⁶⁰, y, por otro, a permitir al juez que se sirva de esas nuevas técnicas a la hora de fijar la pena justa y apropiada: por ejemplo, dejarse asesorar por los denominados “círculos” o “grupos enjuiciadores” (*sentencing circles*)¹⁶¹. Por otra parte, según ciertos estudios, hacia me-

158 Como se ha señalado, tanto Nueva Zelanda como Australia han integrado dicho modelo de resolución de conflictos penales en su legislación procesal penal para menores. Por otra parte, tales grupos de negociación o “conferencias” están compuestos por el agresor y sus allegados, la víctima y los suyos, un oficial de policía y un mediador o intermediario; y su objetivo será poner en marcha un debate acerca del acuerdo de reparación que el culpable deberá satisfacer. Tal convenio podrá referirse a sanciones como una disculpa, una compensación económica, trabajos en favor de la víctima o de la Comunidad local, asistencia a sesiones de asesoramiento con abogados, etc. Sobre ello, *vid.* DALY, Kathleen y HAYES, Hennessey, “*Restorative Justice and Conferencing in Australia*”, en la publicación periódica *Trends & issues in crime and criminal justice*, del Instituto Australiano de Criminología, n.º 186, febrero de 2001. A su vez, reseña y recoge también este informe, citando a DALY, la penalista española LARRAURI, E., en “*Tendencias actuales...*”, *cit.*, págs. 458 y 459.

159 Véase DOIG, Marnie y WALLACE, Ben, “*Restoration For Victims Of Crime: Contemporary Challenges. Sexual Offending and Restorative Justice: The Challenge for Family Conferencing Practice in South Australia*”, pág. 4, ponencia presentada en septiembre de 1999 en Melbourne, durante la Conferencia sobre “Restauración para las víctimas del crimen”, y publicada en la página web del Instituto Australiano de Criminología. Comentan estos autores que, entre 1994 y 1998, la cifra de delitos sexuales tramitados por el sistema restaurador de las “family conferences” habría pasado de 12 a 26 casos, mientras que los tribunales de menores estarían recibiendo desde ese mismo año 1994 claramente cada vez menos supuestos.

160 Así, desde 1996, con la reforma del *Criminal Code* en cuanto a sus preceptos sobre principios y objetivos de las sentencias, se ha previsto por primera vez en Canadá la posibilidad de imponer, en lugar de la habitual pena de cárcel, lo que se conoce como “sentencia condicional de prisión”, ya citada *supra* (de hecho, la sección 718.e) del *Criminal Code* insta a los jueces a considerar, a la hora de dictar sentencia, todas las sanciones disponibles y razonables distintas a la privación de libertad). Y entre las diversas obligaciones que durante ese período *condicional* haya de satisfacer el condenado pueden contarse también las de servicios a la Comunidad, restitución del daño o sometimiento a algún tratamiento. Tal sistema, en definitiva, se ha interpretado como “un vehículo para perseguir objetivos *restauradores*”. Sin embargo, la Corte Suprema canadiense, en la muy entusiasta jurisprudencia que hasta ahora ha emitido acerca de dichos principios y de lo que significa exactamente el nuevo modelo de Justicia, ha insistido más en el aspecto de los *resultados* restauradores, considerados como alternativas a la prisión, que en los mismos *procesos* restauradores, como el empleo de las “family conferences” o los “circle sentencing”. Por lo tanto, en el marco de la justicia convencional se inclina la Corte Suprema más por la opción de restringir el uso de la prisión y acudir a otros mecanismos, como las sanciones *comunitarias*, que por sustituir el proceso tradicional por esos otros procedimientos más informales. En cualquier caso, dicho tribunal se ha mostrado como uno de los más receptivos, en el plano internacional, en orden a asimilar los nuevos criterios. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Proulx*, de 2000, declara la Corte que, a la hora de emitir un fallo, una aproximación de carácter *restaurador* puede remediar los efectos negativos del delito teniendo en cuenta las necesidades de las víctimas, los agresores y la Comunidad, e incrementando así la efectividad de la sentencia y, de paso, reduciendo la frecuencia de aplicación de la pena de prisión. Sin embargo, recuerda el Tribunal, tal objetivo restaurador tiene que ser ponderado con la finalidad a su vez *punitiva* de la condena, así como con el principio de *proporcionalidad* de la sanción con respecto a la gravedad del hecho y al grado de responsabilidad de su autor. Cfr. ROBERTS, J.V. y ROACH, K., “*Restorative Justice in Canada...*”, *cit.*, págs. 245 a 248.

161 En particular, es ésta del “circle sentencing” la técnica *restauradora* más característica y famosa dentro del modelo canadiense, de la que se viene haciendo un amplio uso ya desde 1991 (por parte de los jueces y de los “comités de justicia comunitaria”), no sólo en varios territorios de Canadá sino también en los Estados Unidos, situándose su origen remoto en prácticas tradicionales de sus Comunidades autóctonas (vg., la de los indios americanos). Dicho método consiste en una “estrategia reparadora y reintegrativa” en la que intervienen víctimas, agresores, sus familias y amigos, funcionarios de la Administración de Justicia y de los servicios sociales, abogados, policías y representantes de la Comunidad local, tratando todos ellos de conformar un diálogo e intercambio de ideas y sentimientos a través del cual se logre una mayor comprensión de los hechos, la recuperación de todas las partes afectadas y la prevención de futuros delitos. Al término de tales deliberaciones habrá de consensuarse un “plan de sentencia”

diados de los años 90 serían ya más de 100 los programas de mediación entre víctima y agresor puestos en marcha a todo lo largo de la geografía canadiense, y en torno a 500 las causas penales remitidas a éstos. Asimismo, un 90% de tales supuestos habría finalizado positivamente con la adopción de acuerdos entre los implicados, manifestando además éstos, en más de un 80%, que llegado el caso volverían a participar de buen grado en un proceso de mediación¹⁶².

A su vez, también en la República de Eslovaquia está funcionando conforme a lo esperado el nuevo sistema de mediación para la criminalidad de adultos: en ese país, los excelentes réditos obtenidos a partir del proyecto piloto lanzado en abril de 2002, con un total de 61 casos tramitados de los cuales el 85% terminó satisfactoriamente con acuerdo de reparación, han dado lugar a la aprobación de la *Ley sobre agentes de mediación y de supervisión de la libertad condicional*, de 28 de octubre de 2003, en vigor desde el 1 de enero de 2004 y reguladora del marco jurídico para el desarrollo de dichos programas. Así, tras los diez primeros meses de validez de la ley ascendían a 463 los supuestos acogidos al nuevo modelo, de tal modo que, de acuerdo con el testimonio de los propios agentes, ya puede asegurarse que un proceso de mediación bien orga-

nizado y que se ajuste a las reglas establecidas va a finalizar generalmente de forma positiva. Por otro lado, se ha advertido que la operatividad de tal mecanismo puede estar más bien restringida a hipótesis en las que las partes pertenezcan a una misma clase social, a un vecindario, o por alguna razón se prevea que van a seguir en contacto en el futuro. En fin, si bien la realización de estas iniciativas tampoco se halla libre de dificultades, lo cierto es que, como un paso más en su consolidación, el propio Parlamento eslovaco se encarga actualmente de debatir un proyecto de reforma de los Códigos penal y de enjuiciamiento criminal con el objeto de incluir nuevas modalidades de sanciones alternativas¹⁶³. Asimismo, también otras naciones del área eslava, como Bulgaria y Ucrania se sitúan actualmente en diversos estadios del proceso de introducción de estas nuevas técnicas restauradoras, revelando de esa forma el consenso alcanzado internacionalmente en torno a la importancia y la eficiencia de tales figuras¹⁶⁴.

Pasando al ámbito de los Estados Unidos, desde el primer modelo de mediación implantado en el estado de Ontario hacia 1974, semejante práctica se ha extendido con intensidad en el conjunto del país, contándose unos 290 programas hacia finales de la última década. De todos ellos, la mayor parte se dirige exclusivamente a delin-

(*sentencing plan*) que tenga en consideración, en la medida de lo posible, los intereses de todos. Vid. „*A comparison of four restorative conferencing models*”, BAZEMORE, Gordon y UMBREIT, Mark, en *Juvenile justice bulletin*, editado por la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia (*Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*) de los Estados Unidos, 2001. Sería comprensible, en fin, el estupor y la desconfianza que en nuestro sistema habría de ocasionar la adopción de un mecanismo como éste, “des-institucionalizado” e informal, de resolución del proceso penal. En todo caso, como advierten ROBERTS, J.V. y ROACH, K., “*Restorative Justice in Canada...*”, *cit.*, págs. 243 y 244, ha de procurarse que el resultado de dichos “encuentros” o “círculos” se acomode a los principios que, según prescribe la ley canadiense, debe respetar cualquier resolución judicial: a saber, principalmente los de *proporcionalidad*, *moderación* y *equidad* de la sanción (no siempre, de hecho, fáciles de preservar en un procedimiento menos formal como éste). De ello deberá ocuparse sobre todo el juez que preside tales círculos, responsable último de la imposición de la sentencia.

162 Acerca de dichos resultados en Canadá, consúltese ROBERTS, J.V. y ROACH, K., *ibidem*, págs. 237 y 240; no obstante, la última Comisión del Parlamento canadiense que se ha ocupado de tales aspectos (en 1998) ha manifestado que, si bien debe fomentarse y desarrollarse un enfoque restaurador hacia las cuestiones penales, tal conclusión incluye un elemento de cautela, en la medida en que deben también tomarse en serio y afrontarse directamente las diversas críticas planteadas a esas iniciativas.

163 Vid. KUNOVÁ, Jana, “*Probation and mediation in the Slovak Republic*”, en la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora*, *cit.*, abril de 2005, págs. 1 y 2, siendo el título original de la mencionada ley el de *Act on Probation and Mediation Officers*.

164 En efecto, por lo que respecta a Bulgaria, con fecha de 20 de diciembre de 2004 entró finalmente en vigor, pese a la fuerte resistencia planteada por la Magistratura, la ansiada Ley de Mediación, según la cual este sistema “puede ser empleado asimismo en casos previstos bajo el Código de Procedimiento Penal” (art. 3 de la *Mediation Act*). Sin embargo, para ello habrá que introducir previamente modificaciones adicionales en dicha legislación procesal; reforma que podría retrasarse aún en cierta medida, dado que el Gobierno proyecta de forma inminente elaborar todo un nuevo Código de Procedimiento Criminal. A su vez, en Ucrania, la puesta en marcha de un modelo de Justicia restauradora se inició en 2004 a través de un proyecto piloto dirigido por el Centro Ucraniano para Causas comunes (*Ukrainian Centre for Common Ground* o *UCCG*). Ésta ha resultado ser una iniciativa muy provechosa al conseguir establecer una adecuada colaboración con el sistema judicial formal y entrenar con éxito a un grupo de especialistas en mediación penal. Ello ha abierto la puerta a la expansión de estos programas, a partir del verano de 2004, hasta un total de cinco regiones en todo el país. Y en febrero de 2005 se ha celebrado en la ciudad de Kiev una conferencia internacional en torno a la misma materia, culminando ésta con la elaboración de una *Resolución sobre las acciones necesarias para la implantación de programas de Justicia restauradora en el sistema judicial penal en Ucrania*. Sobre ello, véase de nuevo el n.º de abril de 2005, págs. 3, 5 y 6 de la mencionada *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora*.

cuentas en edad juvenil, aunque más recientemente su alcance se ha extendido también, hasta en un 38% de los planes de mediación, a la criminalidad de adultos. En conclusión, durante los veinte años transcurridos desde entonces han sido varios miles de casos, principalmente referidos a infracciones contra el patrimonio y agresiones leves, y con implicación tanto de menores como de mayores de edad, los que han sido tramitados satisfactoriamente en el marco de tales iniciativas¹⁶⁵.

Digna de mención resulta también la evolución experimentada en Italia, Ordenamiento jurídico en el que desde 2 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor del Decreto Legislativo 274/2000, de 28 de agosto, corresponde al Juez de Paz por vez primera el conocimiento de una serie de infracciones penales, y en el marco de tales competencias, también la misión de promover la *mediación* entre el ofensor y el ofendido en aquellos delitos que sean perseguibles a instancia de parte mediante querrela. De esta forma, en un sentido muy parecido a la institución de la *conciliación* presente en el sistema procesal español¹⁶⁶, dicho órgano judicial podrá decretar un aplazamiento del proceso de hasta 2 meses a fin de facilitar el desenvolvimiento de un mecanismo de mediación, actuando él mismo como intermediario o recurriendo a los servicios de un mediador externo al juzgado (art. 29.4 y 5 D.Leg.¹⁶⁷). Y para comprender el alcance de tal medida convendrá tener en cuenta la frecuencia estadística de comisión de aquellos delitos perseguibles mediante querrela que actualmente integran

la competencia del Juez de Paz, representando dicho porcentaje entre un 12 y un 14% del total de ilícitos penales cometidos al año. Por consiguiente, la mediación se convierte en una alternativa de relativa *privatización* del conflicto penal. Y además, dicha autoridad judicial dispone también desde 2002 de la facultad de *cancelar el proceso* en base al dato de que el imputado haya procedido, con anterioridad a la audiencia de comparecencia (comienzo del juicio oral), a *reparar (restituir o resarcir)* el daño ocasionado y a eliminar las consecuencias perniciosas de su conducta, siempre y cuando tal actuación sea valorada por el propio Juez de Paz como adecuada en orden a satisfacer las exigencias de *reprobación del delito* y de *prevención* (art. 35 D.Leg.)¹⁶⁸.

En general, por otra parte, los estudios empírico-criminológicos efectuados en torno a dichos programas han sido capaces de apreciar considerables ventajas en el desarrollo de los mismos. Así, se pone de manifiesto la capacidad de los afectados para llegar, en la mayoría de los supuestos, a un acuerdo de reparación mutuamente consentido, justo y viable, así como las ventajas y el efecto tranquilizador que, en especial para las víctimas, reporta el proceso de diálogo y de intercambio emocional que se plantea entre ellas y sus agresores. A su vez, también estos últimos perciben el respeto con el que se les trata y la voluntariedad de todo el proceso y del convenio final, lo cual incrementa su motivación para proceder a un acuerdo y para satisfacer sus términos¹⁶⁹. Sin embargo, la

165 Vid. UMBREIT, M.S. y BRADSHAW, W., "*Victim experience of meeting adult...*", cit., pág. 540.

166 Vid. *supra*, pág. 13, nota 42.

167 A saber, así reza aproximadamente el citado precepto: Art. 29.4. El juez, cuando el delito sea perseguible mediante querrela, promoverá la conciliación entre las partes. En tal caso, cuando sea útil para favorecer la conciliación, el juez podrá aplazar el proceso por un período no superior a dos meses y, si fuera necesario, puede valerse también de la labor de mediación de centros y estructuras públicas o privadas existentes en la zona. En otro caso, las declaraciones efectuadas por las partes en el transcurso de la actividad de conciliación no podrán ser de ningún modo utilizadas a efectos del fallo. 5. En caso de conciliación, se tramitará un procedimiento verbal que certifique la remisión de la querrela.

168 Vid. MANNOZZI, G., "*Collocazione sistematica e potenzialità...*", cit., págs. 133 a 136: se trata de la primera ocasión en que la ley realiza una mención específica a la *mediación* en el apartado de la justicia penal de adultos. Por otro lado, considera ESPOSITO, E., "*La mediazione penale minorile...*", cit., pág. 2, que en este marco, si bien no puede hablarse en realidad todavía de que exista en Italia "una cultura definida" ni un "ordenamiento estructurado en el plano legislativo y formativo", sí que se han estado realizando intervenciones experimentales que han conducido a la constitución de Oficinas para la Mediación Penal en Turín, Bari y Milán, aunque cada una con un enfoque y metodología diferenciadas.

169 Por ejemplo, tomando como guía los resultados cosechados a lo largo del año 1999 por los programas de *Täter-Opfer-Ausgleich* en Alemania se constata que, de todos los acuerdos adoptados en los diversos supuestos tramitados, un 83,5% contenían un acto de disculpa del autor hacia su víctima; un 34,6%, una compensación por el daño material, y un 21,8% de esos convenios, una indemnización por el sufrimiento personal, por mencionar las modalidades más frecuentes. Y en general, el amplísimo espectro de soluciones acogidas e ideadas por las partes demuestra que éstas "encontraron sus propias formas creativas para tratar con el conflicto y con la otra persona". Consúltese a este respecto HARTMANN, A./KERNER, H.J., "*Victim-offender mediation...*", cit., pág. 3. A su vez, por lo que afecta a la experiencia de la mediación en Finlandia, vid. ELONHEIMO, H., "*Restorative Justice theory...*", cit., pág. 4: de los dieciséis casos examinados, únicamente tres no terminaron en un acuerdo. Por lo demás, las partes expresaron su satisfacción por el resultado y el procedimiento transcurrió con ligereza y a un bajo coste económico. En cuanto al sistema judicial polaco, según el testimonio de CZWARTOSZ, E., "*Victim-offender mediation. Short notes from Poland*", cit., pág. 2, casi el 60 % de los supuestos analizados habría concluido con el deseado acuerdo, mientras que el 34 % de ellos habría terminado infructuosamente y el restante 6 % no habría desembocado finalmente en un proceso de mediación, pese a haber sido *a priori* destinado a ello

práctica revela a su vez notorias deficiencias y considerables divergencias en muchos de estos encuentros con respecto a la *teoría* de cómo deben transcurrir y cuáles serán los beneficios restauradores que se van a obtener. En tal sentido, se menciona por ejemplo la falta de verdadera comunicación y reconciliación personal entre los afectados¹⁷⁰, lo que impide que el agresor experimente y elabore como convendría las emociones del remordimiento, la vergüenza o el deseo de disculpa y, *sensu contrario*, facilita su reincidencia¹⁷¹. Igualmente, se denuncia el hecho

de que los acuerdos presenten un contenido exclusivamente monetario y no incluyan trabajos o actividades más educativas para el culpable, etc.¹⁷². No obstante, parece que la conclusión global resulta positiva¹⁷³, si bien de cara al futuro y a una más plena consecución de los fines restauradores (hasta el momento no suficientemente satisfechos) será preciso fomentar determinadas áreas, como la participación activa de terceros, parientes y allegados, en su faceta de representantes de la Comunidad; la búsqueda de acuerdos más *creativos e individuales*; la orientación

(situándose las razones de tal fracaso en un cambio de opinión del tribunal, o en la imposibilidad de contactar con alguna de las partes, o en la negativa de cualquiera de ellas a colaborar, etc.). En Italia, recuerda ESPOSITO, E., "*La mediazione penale minorile...*", *cit.*, pág. 2, que la mediación reporta efectos psico-pedagógicos tanto para la víctima, en la medida en que refuerza su autoestima gracias al rol activo y determinante que ésta va a desempeñar en el proceso de negociación, como para el agresor, que adquiere un mayor sentido de responsabilidad y de pertenencia a la Comunidad local. Y entre los autores españoles declara LARRAURI, E., "*Tendencias actuales...*", *cit.*, pág. 448, apoyándose en literatura anglosajona, que "no acostumbra a producirse un incumplimiento del acuerdo reparador", ya sea por tratarse de pactos asequibles para el responsable, o bien debido a la amenaza de un regreso al proceso penal, o tal vez porque, al fin y al cabo, también ese mismo culpable ha consentido voluntariamente al convenio. En el mismo sentido, apunta DALY, Kathleen, "*Mind the gap: restorative justice in theory and practice*", en *Restorative Justice & Criminal Justice...*, *cit.*, pág. 229, a partir de un estudio empírico efectuado en 2002 acerca del sistema de Justicia Juvenil del Sur de Australia (SAJJ), que, en dichos programas para delincuentes menores, excepto el 6% de los supuestos que terminaran sin la adopción de un acuerdo (y, en cambio, con una disculpa o una simple caución), y el 12% de ellos en los que dicho convenio se incumpliera, en el 82% restante sí se acabó otorgando satisfacción total o en su mayor parte al citado acuerdo.

170 Comenta DALY, K., "*Mind the gap...*", *cit.*, pág. 233, a propósito del modelo restaurador para la criminalidad juvenil en Australia, que mientras la mayoría de los menores agresores manifiestan haber pedido perdón porque "realmente lo lamentaban", la mayor parte de las víctimas no creen que tal disculpa sea genuina. En definitiva, la eficacia *restauradora* de esos procesos no puede forzarse, pues depende de sentimientos y emociones: en tal sentido, es mucho más fácil conseguir que un proceso normal sea *legal* que lograr ese resultado socialmente "*reparador*" en un encuentro de mediación.

171 En este mismo sentido *vid.* DALY, K., *ibidem*, págs. 230 y 231. Según el mencionado análisis en torno a los resultados del SAJJ, si bien queda fuera de duda que los factores más importantes a la hora de determinar esa reincidencia posterior son las experiencias de vida negativas y la circunstancia de haber realizado con anterioridad alguna otra "conducta ilegal detectada por la policía y enjuiciada", también se demuestra que el índice de recaídas es en todo caso menor cuando el joven agresor ha sentido remordimiento durante los encuentros, ha participado en la toma de decisión y ha estado realmente conforme con el acuerdo finalmente adoptado. A una conclusión semejante han llegado otros investigadores, como MORRIS y MAXWELL (datos igualmente de Nueva Zelanda y Australia), según relata LARRAURI, E., "*Tendencias actuales...*", *cit.*, pág. 460.

172 Véase ELONHEIMO, H., "*Restorative Justice theory...*", *cit.*, págs. 5 a 7, relatando la experiencia obtenida en Finlandia. Así, se critica también el que generalmente no se realicen encuentros previos entre el mediador y cada una de las partes por separado, lo que permitiría a éstas recabar información sobre el procedimiento y asistir al primer encuentro con su "oponente" bajo un talante más relajado y abierto. Además, las diversas partes intervinientes no desarrollan su labor de modo apropiado, en la medida en que ni los *allegados del agresor* suelen acudir a las reuniones (lo que perjudica enormemente el proceso de "vergüenza restauradora" o "efectiva", de toma de conciencia sobre la culpabilidad), ni cuando lo hacen respetan la autonomía de los directamente afectados (*vg.*, los padres de los delincuentes juveniles que monopolizan la discusión y la adopción de decisiones); ni los *mediadores* cumplen adecuadamente su rol de intermediarios (ejercen una autoridad excesiva en el debate y privan a las partes de su legitimación, con lo que peligra el proceso restaurador); ni las *víctimas* con frecuencia contemplan tampoco la necesaria equidad o equilibrio de poder que debe existir entre ellas y los infractores, amenazando a éstos con acudir de nuevo ante los tribunales al objeto de arrancarles una indemnización demasiado elevada. Y por encima de todo ello, en ese país implica especiales problemas la falta de una regulación legal específica: esto supone que los mediadores se guíen finalmente por su propio arbitrio, que sean sólo los casos más leves y de justicia juvenil los que se deriven hacia esos programas, que la mediación continúe siendo una práctica algo caótica, marginal y en permanente peligro de extinción o que su organización dependa en exclusiva de lo que individualmente decidan ciertas personas (magistrados, representantes de la policía, etc.).

173 De hecho, a tenor de los datos expuestos en relación con la experiencia polaca por CZWARTOSZ, E., "*Victim-offender mediation. Short notes from Poland*", *cit.*, pág. 2, el número de casos penales que se tramitarían por esta vía restauradora habría ido continuamente en aumento desde 1998 (fecha en que la ley instaurara en ese Estado la mediación penal), elevándose a partir de la cifra de 18 supuestos en tal año hasta la de ¡1838! en 2003. En Alemania y sus programas de TAO, la evolución habría avanzado desde un número de aproximadamente 2.100 casos en 1989 (esta iniciativa comenzó su andadura en 1985 con algunos proyectos experimentales dirigidos hacia juveniles y/o adolescentes) hasta una cifra actual que se calcula en torno a los 20.000 supuestos por año: véase HARTMANN, A./KERNER, H.J., "*Victim-offender mediation...*", *cit.*, pág. 2.

hacia el diálogo, y no en primer lugar hacia la obtención de una solución; o, además de otros puntos, un mejor entrenamiento y formación para los mediadores, al efecto de que aprendan a avivar la interacción entre víctima y agresor, preservando así el potencial reductor de la criminalidad que caracteriza especialmente al modelo restaurador¹⁷⁴.

VII. Conclusiones: ¿lograría la mediación llegar a satisfacer las elevadas expectativas depositadas en ella?

A la hora de elegir un punto de vista válido acerca del nivel de efectividad y aplicabilidad de tales programas restauradores en relación con la delincuencia de adultos, algún autor se habría conformado con la posibilidad de, al menos, transferir o adaptar varios de los principios de esa nueva forma de Justicia a lo que constituye el proceso judicial penal "clásico". De ese modo, resultaría especialmente provechoso (aunque probablemente utópico) que, como en aquellos métodos, las partes enfrentadas en el juicio, víctima y agresor, pudieran expresarse en términos más personales y menos abstractos, y relatar sus propias experiencias subjetivas, además de que el lenguaje procesal pasara a ser más inteligible para el ciudadano medio: en efecto, el procedimiento justo y equitativo únicamente po-

drá ser percibido como tal si a la vez es comprensible¹⁷⁵.

Asimismo, se sugiere una aplicación más flexible y abierta de esos programas alternativos: no se trata de que sustituyan a la Justicia convencional en todos los casos, ni tampoco de que sólo puedan emplearse en relación con una modalidad concreta y más leve de delitos¹⁷⁶. En realidad, se alega que ambos sistemas deben evolucionar paralelamente¹⁷⁷, asignándose a cada uno de ellos un radio particular de acción en el marco general de los diferentes fenómenos y variantes criminales, en función del contexto social, legal y político de cada Estado y de las características esenciales de su jurisdicción penal. La mejor administración de justicia será, pues, aquella que integre los fines y los principios del paradigma retributivo y del restaurador, y donde los objetivos propios de este último (reintegración, legitimación de las víctimas, reducción de la criminalidad, construcción de comunidades sociales más cohesionadas y en paz) se persigan respetando al mismo tiempo los límites que suponen las garantías de un proceso justo (proporcionalidad y equidad, entre otros)¹⁷⁸.

De cualquier forma, en el terreno práctico sería necesario llevar a cabo evaluaciones de dichas iniciativas a largo plazo¹⁷⁹, a fin de comprobar su eficacia real, así como incentivar la formación y entrenamiento de los diversos profesionales del Derecho en la técnica de la conciliación, tanto de los propios abogados y mediadores como de los

174 Vid. ELONHEIMO, H., "Restorative Justice theory...", *cit.*, págs. 5 a 7. A su juicio, además, es preciso continuar con la implantación efectiva de la Justicia restauradora en Finlandia. Pese a que son indudables las ventajas obtenidas hasta ahora, dicho paradigma aún tendría mucho más que ofrecer.

175 Vid. HUDSON, B., "Restorative justice...", *cit.*, págs. 630 y 631. A su vez, el proceso tradicional debería incorporar desde la Justicia restauradora su "aspiración reintegrativa" en favor del agresor, de manera que la posibilidad de su reinserción social o de la *no desocialización* conformen el objetivo de su tratamiento durante el período de ejecución de la condena. El culpable debe permanecer en la medida de lo posible como parte de la Comunidad social, y esa reintegración debe guiar tanto el trámite de decisión de la sentencia como su desarrollo (pág. 631).

176 Por ejemplo, los autores del *Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, *cit.*, pág. 29, rechazan que la gravedad del delito haya de constituir en sí misma motivo suficiente para descartar de todo punto la opción de una compensación entre el agresor y la víctima, por más que en los supuestos de cierta seriedad resulte especialmente difícil la ejecución de este procedimiento y que aquí se deba atender sobre todo a la protección de la víctima.

177 Citando la propia Resolución (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, ya mencionada *supra*, recuerda esa necesidad de "comunicación continua con el sistema penal" LARRAURI, E., "Tendencias actuales...", *cit.*, pág. 452.

178 Acerca de este punto de vista armonizador y ecléctico en la propia corriente restaurativa, cfr. LARRAURI, E., "Tendencias actuales...", *cit.*, pág. 441. No obstante, se ha dicho que el nivel de garantías y de pautas procesales de actuación que deban tenerse en cuenta en tales programas de conciliación, reparación, mediación, etc., va a depender directamente del ámbito de aplicación que se les otorgue. Sobre ello, *vid.* HUDSON, B., "Restorative justice...", *cit.*, págs. 631 y 632. En su opinión, sin embargo, también será posible que, en relación con algunas modalidades delictivas, dicho sistema ideal venga representado por una simple variante de la justicia convencional que incluya y fomente, en mayor medida que hasta ahora, los ideales de la reintegración y de la justicia sustantiva o material. En esa medida, si se decide extender dicho marco también hacia delitos de cierta gravedad, la lucha contra estos modos de criminalidad demandará incluso desde un modelo restaurador la utilización de mecanismos sancionatorios especialmente intensos, lo que no podrá llevarse a cabo sin que se establezcan los correspondientes medios de garantía para los derechos subjetivos fundamentales.

179 En torno a la conveniencia de evaluar con carácter permanente los resultados de las iniciativas restauradoras, *vid.* asimismo LARRAURI, E., *ibidem*, pág. 452 (remitiéndose a VAN NESS).

miembros de la carrera judicial¹⁸⁰. Todo ello, empero, sin olvidar que la utilización de estos métodos a gran escala, como una práctica que llegara a ser habitual y rutinaria en el marco judicial, conduciría a que muchos de esos planteamientos restauradores idílicos (los de participación de cada uno de los interesados por igual, intervención del mediador dialogando con todos e informando de los pormenores del proceso, etc.) hubieran de sacrificarse en favor de necesidades organizativas y de eficiencia, de limitaciones materiales, de tiempo o económicas¹⁸¹.

Finalmente, se ha indicado la absoluta necesidad de alimentar esta cultura de la mediación y la tolerancia y de insertarla a un nivel ideológico en el tejido social y entre los operadores jurídicos¹⁸². Tal proceso resultará lento, y su obstáculo principal consistirá en tener que superar esa *exigencia de defensa colectiva* que requiere instrumentos de intervención rígidos. Sin embargo, se ha dicho, siempre será preferible y más seguro optar por una evolución gradual que intentar imponer éste u otros nuevos recursos a través directamente de reformas legales¹⁸³, de un modo mucho más artificial. No obstante, entiendo que es preciso tener en cuenta las peculiaridades del carácter y la mentalidad mediterráneos, por término medio todavía más extremistas, apasionados y temperamentales que nuestros más templados y diplomáticos vecinos centroeuropeos y anglosajones. En verdad, aun considerando el riesgo de error que implica toda generalización, cabe reconocer que existe una cierta diferencia de actuación entre los ciudadanos e instituciones de esos países y los del nuestro.

Bastaría con examinar uno de los casos penales tramitados con éxito por las autoridades judiciales y los servicios sociales *austríacos*, consistente en un episodio de violencia de género: así, los afectados, residentes en Austria, pareja sentimental en el momento de los hechos y en espera de un hijo en común, se habían enzarzado en

una intensa discusión durante un trayecto en coche, con ocasión de la cual el hombre agredió a su compañera causándole una lesión grave en la zona de la boca y dientes. A partir de tal suceso, la ofendida decidió romper con la relación e interponer una denuncia judicial. No obstante, tras un período de primeros trámites procesales infructuosos¹⁸⁴ y de absoluta incomunicación entre las partes, la administración de justicia acordó poner en marcha, una vez recabado el consentimiento de ambos, un proceso alternativo de conciliación, después de haber constatado que a ninguno de ellos interesaba realmente abrir un procedimiento judicial, largo y costoso, y que sus verdaderas inquietudes podían solventarse a través de esa otra vía. En particular, mientras que la afectada pretendía obtener una ayuda económica con la que reparar la lesión sufrida, el agresor estaba dispuesto a presentar sus disculpas y a indemnizar el daño, y tanto uno como otro deseaban regular de común acuerdo sus deberes y estatus jurídico como padres del hijo que compartían. Por consiguiente, merced a un proceso de negociación fue posible acercar al autor y a la víctima, buscar una vía alternativa para financiar el necesario tratamiento médico de ésta, a la vista de las severas dificultades económicas del agresor, y llegar a una reconciliación pública entre ellos, así como a un acuerdo de reparación asequible para el responsable. Y a tal efecto, ambos implicados habían manifestado desde un principio su deseo de tener un encuentro, a fin de *cerrar* los lamentables y *onerosos acontecimientos del pasado*. De esta manera se materializa eficazmente el objetivo de la “diversión”, consistente en extraer del marco del proceso criminal convencional los supuestos penales más leves y cuyos autores presenten un grado de peligrosidad menor, en orden a tramitar y resolver los mismos de un modo informal fuera de dicho sistema establecido¹⁸⁵.

180 Así indica LEMONNE, A., en el Editorial de la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima...*, cit., abril 2004, pág. 1. A este respecto, se extraña por ejemplo ELONHEIMO, H., “*Restorative Justice theory...*”, cit., pág. 2, de que la mayoría de los estudiantes de Derecho, abogados, jueces, etc., ignoren o posean sólo un escaso conocimiento de tales nuevos conceptos. En cualquier caso, se están llevando a cabo iniciativas para remediar dicho déficit: vg., a finales del año 2003 fue concedido por la Comisión Europea al *Foro Europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora* un proyecto relativo a la formación y entrenamiento de mediadores, fiscales y jueces en estas prácticas restauradoras. En tal contexto se llevaron a cabo entre diciembre de 2003 y febrero de 2004 varios encuentros con participantes de los distintos países comunitarios, incluida España, obteniéndose excelentes resultados en lo referente al intercambio de información sobre modelos de entrenamiento, el desarrollo de recomendaciones básicas y la creación de nuevos sistemas de formación en la mediación para jueces. Sobre ello, véase DELATTRE, Regina, “*Training for mediators and a training course for prosecutors and judges. The results of an AGIS project*”, en la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima...*, cit., abril 2004, págs. 3 a 5.

181 De tal parecer, DALY, K., “*Mind the gap: restorative justice...*”, cit., págs. 231 y 232.

182 Véase, por todos, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, cit., pág. 257.

183 Vid. ESPOSITO, E., “*La mediazione penale minorile...*”, cit., pág. 5.

184 A saber, tal y como relata HÖNISCH, B., “*Die Wahrnehmung der Interessen...*”, cit., pág. 1, se impuso al culpable un tratamiento reeducativo contra la violencia que éste dejó de cumplir tras unas semanas por incompatibilidad con su trabajo.

185 Vid. HÖNISCH, B., *ibidem*, págs. 1 a 3.

No obstante, regresando al escenario de nuestro país, debemos preguntarnos si sería factible, en definitiva, esperar un comportamiento tan comprensivo y civilizado como éste¹⁸⁶ en el caso de cualquier familia española promedio. Por el contrario, ¿no estarán las víctimas (en especial, las de malos tratos) y la sociedad, en general, notablemente más sensibilizadas y reacias a cualquier signo de indulgencia hacia los agresores, como el que pueda inferirse de tales programas de conciliación? ¿No tenderían la opinión pública y los medios de comunicación social a reaccionar con un airado desagrado frente a dichas innovaciones y reformas? ¿No viene manifestando el legislador una postura muy distinta a aquella merced a la intensificación de la respuesta punitiva frente a la violencia de género y la elevación de meras conductas de falta a la categoría de delito? En fin, expresándolo en términos sencillos, ¿cómo podría hablarse de mediación a una mujer que ha sido maltratada o sexualmente agredida¹⁸⁷? Y sin embargo, a juicio de los teóricos en la materia este nuevo paradigma se halla mucho más orientado hacia la víctima y hacia la contemplación del delito como una lesión de sus intereses que cualquier otro modelo de justicia criminal. Al pa-

recer, con la Justicia restauradora se buscaría una superación del relativismo moral actual, que dificulta la vigencia efectiva de la norma jurídica, a través de la confrontación con la persona concreta lesionada: así, para determinados miembros de estas sociedades contemporáneas, en especial los jóvenes, será más fácil captar el argumento de ese código moral basado en el sufrimiento de un individuo real, de carne y hueso, que la idea de la violación abstracta de una regla colectiva tradicional¹⁸⁸. Y por otro lado, según estudios efectuados en los Estados Unidos, a pesar del excepticismo expresado en un principio desde los círculos judiciales en cuanto al interés que las víctimas puedan tener en encontrarse directamente con sus agresores, y aunque se reconoce que tal método claramente no será apropiado para todas ellas, sí se ha descubierto a lo largo de los años que, una vez se ofrece a los perjudicados la posibilidad de entrar en el proceso de mediación, la mayoría de ellos aceptan hacerlo. A su vez, a tenor de una investigación realizada en cuatro de los estados federales, de 280 víctimas participantes en los programas de mediación, el 91% consideraba que su intervención había sido totalmente voluntaria¹⁸⁹.

186 Así, STRANG, Heather, *Repair or Revenge: victims and restorative justice*, Oxford, 2002 (reseñada por WRIGHT, Martin, en la revista *TBJC* 2004, Vol. 44, págs. 290 a 292), menciona algunos supuestos muy llamativos de víctimas intervinientes en un mecanismo de mediación: éstas, al término del proceso de conciliación, llegaban a expresar incluso una preocupación personal por el bienestar de sus agresores. Y se refieren ejemplos como el de una mujer, médico de profesión, que insistía en que la chica que le había robado dinero con objeto de comprarse cigarrillos se inscribiera en el programa de una clínica para dejar de fumar; o bien, el de otra víctima, esta vez de un robo en una pequeña tienda de alimentación, según la cual, la culpable “aparentemente había aprendido durante los encuentros qué era lo que podía hacerme sentir mejor respecto a lo que ocurrió... Al día siguiente pasó junto a la tienda, me miró y me saludó con la mano”. En principio, no parece que ésta resulte la reacción más probable en el caso de una víctima española, teniendo en cuenta las características de nuestra psicología colectiva.

187 A este respecto, admite DALY, K., “*Mind the gap: restorative justice...*”, *cit.*, págs. 234 y 235, que una de las barreras con las que choca la Justicia restauradora es la concepción popular de lo que la gente entiende por “obtener justicia”. Por eso, va a hacer falta tiempo hasta que la gente de la calle se dé cuenta de que “uno puede tener su día” antes o más bien en uno de esos encuentros informales que frente a un tribunal; largo tiempo hasta que los ciudadanos se familiaricen con los esquemas y el tipo de relaciones sociales con que la nueva justicia pretende reaccionar frente a la criminalidad. Más aún, va a haber muchas diferencias entre unas personas y otras en cuanto a la capacidad de entender y adoptar esa nueva forma de actuación característica de los citados programas restauradores.

188 En efecto, de acuerdo con BOTTOMS, A., “*Some Sociological Reflections...*”, *cit.*, pág.103, la actual relatividad no permite ya que la ley penal se justifique a través de la antaño *sobreentendida* cohesión moral de la Comunidad. Esta evolución introduce asimismo un cambio en la forma en que percibimos el delito, que deja de constituir una ofensa hacia el Estado o la colectividad para pasar a ser una lesión contra la víctima individual. En tal contexto, esta última y su sufrimiento tienden a convertirse en un referente para un nuevo código moral más concreto e individualista. De ahí que la Justicia restauradora y sus técnicas, que otorgan un papel preponderante a las víctimas y a sus experiencias personales, puedan proporcionar al agresor y al conjunto de la población un elemento de *clarificación normativa*, de pedagogía ética, en una sociedad moralmente en cambio. Ésta sería una de las razones, en definitiva, que vendrían a explicar el auge de tal paradigma a lo largo de las últimas centurias, así como por qué sus programas se han centrado fundamentalmente en torno a los jóvenes, “habituales destinatarios de la pedagogía moral”, y una categoría delincuente a la que la sociedad con frecuencia prefiere dar un trato jurídico todavía integrado dentro de la *Comunidad* más que, por el contrario, otro demasiado burocrático o administrativizado.

189 Además, según otra encuesta entre ciudadanos de todo el país escogidos al azar, el 82% de los consultados se plantearía positivamente la participación en un programa de mediación víctima-agresor en caso de resultar afectado por un delito patrimonial; y, en general, los sistemas de mediación en esa nación han encontrado altos niveles de satisfacción entre las víctimas que han tomado parte en ellos: *vid.* UMBREIT, M.S., y BRADSHAW, W., “*Victim experience of meeting adult...*”, *cit.*, pág. 540. Del mismo modo, STRANG, H., *Repair or Revenge...*, *cit.*, pág. 291, a partir de una investigación sobre un programa restaurador desarrollado en Camberra, Australia (proyecto *RISE* o *Reintegrative Shaming Experiment*), indica que entre un 88 y un 93% de las víctimas participantes manifestaban haberse sentido legitimadas para expresar su punto de vista, explicar su pérdida y poner de manifiesto los hechos. Y en general, concluye esta autora que los procesos restauradores “de buena calidad” parecen aportar a las víctimas en mayor medida aquello que realmente necesitan (más información, respeto, espacio para expresarse, reparación emocional, etc.) que el procedimiento judicial tradicional.

Por otro lado, algún autor se ha referido a las *cuálidas milagrosas del perdón cuando éste tiene lugar con éxito*. Así, en principio, se reconoce que dicha disculpa en realidad “no hace nada” y, en cambio, sí puede implicar un gran esfuerzo emocional a las dos partes, tanto al que pide perdón como al que lo concede, e incluso puede no ser sincera o completa. Sin embargo *hace que algo cambie*, tiene el poder de producir una transformación social, puede ser el preludeo de una reconciliación¹⁹⁰. A su vez, algún estudio basado en entrevistas personales con víctimas ha puesto de manifiesto que, aunque los principales medios de recuperación psicológica de éstas sean sus propios recursos emocionales, junto con el apoyo de familiares y allegados y el mismo transcurso del tiempo, de igual modo la participación en el proceso de mediación puede facilitar el que esas personas consigan dejar atrás lo sucedido¹⁹¹. Por otro lado, estas intervenciones pueden constituir también una ayuda al objeto de reducir los sentimientos de *ira* y de *miedo* suscitados por el hecho delictivo¹⁹².

No obstante, tal y como admite esta misma doctrina, esa posibilidad “ideal” de perdón entre las partes exige como premisa inicial la circunstancia de que ambos, infractor y persona perjudicada, se encuentren integrados en una misma comunidad moral o social, condición que habitualmente quedaba satisfecha en las sociedades tradicionales. Por el contrario, en el contexto contemporáneo urbano y anónimo bien puede ocurrir que dicha estructura social, necesaria para sustentar los mecanismos de los que de-

pende el método restaurador y, en particular, una reconciliación exitosa entre las partes, carezca de entidad suficiente. Así, hoy en día los vínculos sociales, en especial los propios de una comunidad geográfica (vecindario, población local) no resultan ya tan estables o densos, predominando más bien los nexos relacionados con la afiliación a un grupo profesional o de intereses, y siendo las unidades sociales de pertenencia (familia, amigos) más bien reducidas en número. Todos estos factores dificultan sin duda la eficacia “resocializadora” que pueda desplegar un elemento de *desaprobación* por parte de la comunidad, y de posterior acercamiento *emocional* entre las partes implicadas, haciendo engorroso e inútil el proceso de encuentros personales, negociaciones, adopción de acuerdos, etc., así como debilitando la operatividad de la llamada “vergüenza restauradora”. En definitiva, resultará preciso indagar, en el escenario social actual, cuáles serán las estructuras que mejor puedan sostener dicho mecanismo social¹⁹³.

En todo caso, es posible que en la pretendida introducción de tales nuevos métodos en el sistema judicial tradicional el debate principal deba girar, no tanto en torno a la disyuntiva “Justicia restauradora, sí o no”, como en cuanto al *tipo de delitos* para los cuales *podría* efectivamente *desearse que se implantara* un modo de respuesta restaurador-formal, así como las otras categorías en relación con las que sería preferible mantenerse en la vía procesal convencional¹⁹⁴. A su vez, habrá que especificar también el grado de énfasis que, según la clase diferente de casos con

190 Vid. BOTTOMS, A., “Some Sociological Reflections...”, *cit.*, págs. 96 y 97. Y al parecer, dicho potencial reparador resultaría especialmente intenso en el marco de una unidad o grupo social particular, como serían una familia, una pareja, etc. (en efecto, el escenario propio de muchos de tales delitos sexuales o de maltrato), puesto que en tal caso se presume la existencia de un compromiso compartido por los miembros del grupo, así como una creencia también común en la importancia de la regla moral o norma comunitaria transgredida (a saber, por ejemplo, el pacto de mutuo respeto y cuidado entre marido y mujer). Bajo esas premisas, la disculpa pronunciada por el agresor y aceptada por la víctima estará para ambos cargada de significado emocional y afectivo.

191 Indica DALY, K., “Mind the gap: restorative justice...”, *cit.*, pág. 230, según un análisis realizado en el marco de la Justicia Juvenil del Sur de Australia, ya citado, que cuando se pregunta directamente a las víctimas acerca de la importancia que los encuentros de mediación hayan podido tener en su proceso de recuperación personal, el 50% admite esa relevancia. Sin embargo, interrogadas las mismas personas acerca de cuál fue el *factor principal* en tal evolución, únicamente el 30%, aproximadamente, señala el dato de la asistencia a dicho procedimiento de negociación, incluidos aquí el contacto con el propio agresor, los mediadores, etc. Por ello, opina DALY, estos índices han de ser valorados con cierta prudencia.

192 Vid. DALY, K., *ibidem*: del 75% de las víctimas que, con anterioridad al proceso de mediación, confiesa su *enfado* frente al agresor, y el 40% que se refiere expresamente a sensaciones de *temor* hacia él, tras dicho procedimiento sólo el 44% y el 25%, respectivamente, reconoce seguir experimentando dichos sentimientos. Con el mismo criterio, *vid. el Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, *cit.*, pág. 29. Igualmente, comenta STRANG, H., *Repair or Revenge...*, *cit.*, pág. 291, que, de acuerdo con un estudio comparativo efectuado entre este nuevo modelo de justicia y el proceso tradicional ante los tribunales, sólo el 9% de las víctimas participantes en un programa restaurador confesaría al término de éste seguir albergando sentimientos de venganza contra su agresor, mientras que en el juicio convencional dicho porcentaje se elevaría hasta un 45%.

193 Cfr. BOTTOMS, A., “Some Sociological Reflections...”, *cit.*, págs. 98, 99, 108 a 110.

194 A su vez, a juicio de DALY, K., “Mind the gap: restorative justice...”, *cit.*, pág. 234, entre los factores que condicionarán la mayor o menor eficacia restauradora de esta vía de la mediación se contarán, además de la citada variable “*tipo de delito*” o “de supuesto” que se tramite, también el aspecto de cuál sea exactamente el *procedimiento* de Justicia restauradora empleado (a saber, mediación entre víctima y agresor, “encuentros familiares”, “equipos para jóvenes”, etc.), en qué *momento* del proceso judicial se inicie ese método y qué *critérios* y parámetros se usen en concreto para evaluar el caso.

los que se esté tratando, deberá ponerse en los elementos “privados” (como los encuentros entre víctima, agresor y mediador), por un lado, y los de naturaleza “comunitaria”, por el otro (a saber, la participación de terceros familiares, amigos, representantes de la sociedad, el propio mediador, etc.)¹⁹⁵. Mas, en conclusión, parece evidente que esta nueva perspectiva restauradora sigue una trayectoria de ascenso imparable, tanto a escala práctica como en el plano de la investigación jurídico-criminológica, por lo que es de esperar que en los próximos años continúe su progresiva institucionalización dentro de los esquemas de la justicia penal¹⁹⁶.

Y en cuanto a la acusación de “ineficacia intimidatoria” que habitualmente se ha proyectado contra dicho sistema, en opinión de la doctrina favorable tales programas sí lograrían, a través de la confrontación del culpable con su víctima y del consiguiente acuerdo de reparación, cumplir esa función simbólica y responder al objetivo de la prevención¹⁹⁷, en la medida en que dicho contacto personal puede implicar para el culpable una carga y un coste

psicológicos en sí mismos considerables y quizá más onerosos que la amenaza de una breve estancia en prisión, para muchos autores reincidentes ya una experiencia habitual. Además, como se ha indicado, la reparación no siempre habrá de consistir en el simple abono de una cantidad económica, sino que podría integrar también unos servicios comunitarios, la participación en programas reeducativos o terapéuticos con sometimiento a ciertos controles, etc., lo que conllevaría probablemente el suficiente matiz afflictivo, convirtiendo dicha reparación en una verdadera sanción, a la par que el resto de penas tradicionales¹⁹⁸.

Por consiguiente, el objetivo principal consistirá en concienciar a la ciudadanía del esfuerzo personal que para el agresor supone la participación en un programa de mediación y reparación¹⁹⁹, de que si éste se realiza con seriedad y eficacia, exigiendo un verdadero cambio de actitud en el culpable, tal sacrificio individual puede aportar, a su vez, el suficiente grado de intimidación o efecto de prevención *general negativa* a nivel colectivo-social²⁰⁰.

195 Vid. BOTTOMS, A., “Some Sociological Reflections...”, *cit.*, pág. 110: estos dos puntos conforman “un debate político clave” en el ámbito restaurador, con el que, sin embargo, hasta el momento apenas se habría empezado.

196 Véase LEMONNE, A., Editorial de la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima...*, *cit.*, pág. 1: el desarrollo de dichos programas se encuentra permanentemente amenazado por las posibles *restricciones* en cuanto a su *financiación* estatal. Por esa razón, el análisis y la búsqueda de estrategias adecuadas contra ello, en el contexto de las diferentes situaciones sociales y jurídicas existentes en el continente europeo, será uno de los retos a los que deberán enfrentarse los defensores de este paradigma, tanto en la teoría como en la práctica.

197 Cfr., de esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “Sobre la relevancia...”, *cit.*, pág. 200. Para HUDSON, B., “Restorative justice...”, *cit.*, págs. 628 y 629, por su parte, los métodos *restauradores* al igual que la Justicia tradicional deberán desempeñar una necesaria función *simbólica*, en el sentido de denunciar públicamente el carácter ilícito del comportamiento delictivo y de demostrar que resulta desaprobado por la sociedad; en especial, si se trata de aplicar dichos programas para determinados ámbitos delictivos, como el de la violencia doméstica. Y a juicio de esta autora, tal sistema consigue satisfacer adecuadamente dicho objetivo simbólico, ya sea porque a través de las reuniones se busca principalmente inducir en el agresor un sentimiento de *vergüenza* por su comportamiento, o porque las mismas incluyen también un elemento de *retribución* por el daño causado. Ciertamente, si tales programas acaban fijando una medida reparatoria que el agresor debe cumplir, ello pretende comunicar que la conducta realizada es incorrecta, y esta correspondencia se refleja también en el hecho de que tanto la víctima como el culpable pueden devolver el proceso a la jurisdicción tradicional si consideran que la medida impuesta no resulta *proporcional* al grado de ilicitud o gravedad de dicho comportamiento. Incluso la Comunidad estará legitimada para exigir que el acuerdo de reparación se ajuste al nivel de perjuicio que se ha ocasionado a las normas o valores públicos o generales. De esa manera, se afirma que también este nuevo paradigma vendrá a cumplimentar las demandas de las actuales “teorías comunicativas retributivas de la pena”, para las que lo esencial será *transmitir un mensaje de censura*. Por consiguiente, entiendo, parece que un futuro plan de mediación penal en el Ordenamiento jurídico español podría acoger también todos estos aspectos y acallar así cualquier posible crítica procedente de los sectores de opinión más “defensistas”.

198 Da fe de estos argumentos en favor de la reparación, asimismo, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima...*, *cit.*, págs. 238 y 239. Por su parte, también decididamente a favor de la “discusión razonable” y de la experimentación en relación con tales técnicas restauradoras, así como de que las mismas lleguen a sustituir parcialmente a la pena de prisión, véase LARRAURI, E., “Tendencias actuales...”, *cit.*, pág. 462: los valores característicos de este nuevo modelo (legitimación de las partes, satisfacción de sus intereses, reparación, etc.) son positivos, y aunque el mismo presente rasgos diversos a los del sistema penal, ello no quiere decir que sean *peores*. No obstante, para posibilitar que dichos mecanismos dieran los buenos frutos esperados sería necesario dotarlos de una cierta *autonomía*, al igual que de *recursos sociales* que lograran *alterar las razones profundas* a las que responden numerosas conductas delictivas.

199 Así lo entiende, por ejemplo, LARRAURI, E., “Tendencias actuales...”, *cit.*, pág. 455.

200 De esta opinión, PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, *cit.*, págs. 370 a 374: el mecanismo de la mediación supone una serie de cargas y exigencias personales para el agresor, que ha de enfrentarse a la víctima y dialogar con ella para acordar la reparación; amén de que su utilización tampoco elude la necesidad de pasar previamente por todo el proceso de indagación

De este modo, quizás, dicho nuevo método restaurador conseguirá implantarse satisfactoriamente en nuestra práctica jurisdiccional; ello aunque no pueda extenderse, como auténtica alternativa a la pena tradicional, más allá de aquellos tipos que no superen una cierta severidad punitiva²⁰¹. Pero dentro de este marco, en todo caso, legítimo será desear que el legislador español no quede por mucho más tiempo a la zaga de sus colegas occidentales²⁰².

VIII. Bibliografía

ALASTUEY DOBÓN, M.^a del Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “*La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art. 23.5° CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación*”, Revista Poder Judicial (PJ), n° 63, 2001, págs. 71 y ss.

ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, AE-WGM, Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und

schweizerischer Strafrechtslehrer (Proyecto Alternativo sobre la Reparación, VV.AA. (ROXIN, ESER, RÖSSNER, SCHÖCH o WEIGEND, u.a.), Edit. C.H.Beck, München, 1992.

ASHWORTH, Andrew, “*Responsibilities, Rights and Restorative Justice*”, en *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 578 a 595.

BAZEMORE, Gordon y UMBREIT, Mark, “*A comparison of four restorative conferencing models*”, en *Juvenile justice bulletin*, editado por la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia de los Estados Unidos (*Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*), 2001.

Boletín sobre “*Problemas de reducción de la criminalidad*” (“*Crime reduction matters*”), n° 20, de 24 de febrero de 2004, editado por el Instituto Australiano de Criminología (www.aic.gov.au).

BOTTOMS, Anthony, “*Some Sociological Reflections on Restorative Justice*”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?* (edit. por VON HIRSCH/ROBERTS/ BOTTOMS/ROACH/SCHIFF), Edit. Hart Publishing, Oxford/Portland (Oregon), 2003, págs. 79 a 113.

y persecución penal de un delito, con el componente sancionatorio que ello solo ya implica para el imputado –interrogatorio, detención, censura pública, etc.–. A su vez, el recurso a la conciliación no anula tampoco la posibilidad de un pronunciamiento oficial de culpabilidad del infractor, elemento igualmente oneroso y sancionatorio, amén de que la pena no siempre tiene por qué desarrollar su eficacia intimidante por medio de su efectiva imposición y ejecución: por el contrario, a veces bastará con la incidencia de una conminación abstracta (pág. 368). A juicio de dicha autora, pues, *las actividades tendentes a satisfacer las necesidades de la víctima*, ya sean de reparación o de reconciliación, fomentadas voluntariamente por el ofensor, *no tienen por qué ser en todo caso una respuesta insuficiente para mantener bajo control el delito*; entre otras muchas razones aportadas por PÉREZ SANZBERRO, también porque no está ni mucho menos empíricamente demostrado que la mayor gravedad de las sanciones penales, o la adecuación político-criminal de las penas legales a los movimientos u orientaciones sociales favorables al endurecimiento de éstas vayan a conseguir reducir el volumen de la criminalidad. Además, la aplicación de técnicas como las de reparación y mediación puede tener efectos pacificadores y de protección de bienes jurídicos, así como satisfacer en mayor medida otras necesidades y pretensiones de las víctimas incluso prioritarias frente al propio castigo del culpable, y desde luego “de sentido común” (compensación del daño, expresión de una disculpa, etc.). Y por último, tampoco queda claro hasta qué punto la “opinión pública”, tan maleada por los medios de comunicación, puede legítimamente condicionar al legislador o al enjuiciador penales. Mucho más importante para un Derecho penal democrático será atender a la dignidad de la persona y a su capacidad de asumir la responsabilidad por sus actos, sobre todo cuando dicha capacidad se exprese a través de un esfuerzo serio por compensar los perjuicios causados.

201 Así, MANNOZZI, G., “*Collocazione sistematica e potenzialità...*”, *cit.*, pág. 129; ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, *cit.*, págs. 491 a 496: si en algún caso puede justificarse la utilización de la reparación como respuesta jurídica que permita renunciar a la pena, será más bien para infracciones de *menor entidad*, en las que dicho resarcimiento pueda implicar una ausencia de necesidad de aquella y, al mismo tiempo, resulte suficiente en orden a satisfacer sus fines preventivos. También, con una postura más permisiva, TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima...*, *cit.*, págs 218 y 219: a su juicio, sería *aconsejable atender al modelo del § 46a StGB alemán*, conforme al que se concede un amplio ámbito de relevancia al acto de la reparación y a los esfuerzos realizados en ese sentido por el agresor; hasta el punto de que se autoriza, bajo determinadas condiciones, a la reducción de la pena más allá del límite mínimo legal, o incluso a la renuncia a ésta siempre que no sobrepase el año de duración, si es de privación de libertad (o la cantidad de 360 cuotas diarias, si fuera de multa).

202 Se refiere a este retraso a nivel legislativo, constatable asimismo en las esferas del análisis doctrinal y de la experimentación práctica sobre la conciliación y mediación, así como a la falta de tradición jurídica a ese respecto, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal...*, *cit.*, págs. 257 y ss. Además, *de lege lata* se señala el muy estrecho margen que el sistema legal-procesal concede a dicha posibilidad de un acuerdo entre ofensor y ofendido como eventual motivo de archivo de la causa, o de reforma del auto de procesamiento o de sobreseimiento del procedimiento, dado que el principio general que en tal marco rige es el de *obligatoriedad de la acción penal*.

BRAITHWAITE, John, "Setting standards for restorative justice", *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 563 a 577.

CLEMENTE MICÓ, Esteban y LÓPEZ LATORRE, M.^a Jesús, "Programas de mediación en el ámbito penal juvenil", en *Boletín Criminológico (BC)*, editado por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, n.º 51, Enero-Febrero 2001, págs. 2 a 4.

CZWARTOSZ, Elżbieta, "Victim-offender mediation. Short notes from Poland", publicada en la página web *Restorative Justice on line (www.restorativejustice.org)*, editada por el Centro para la justicia y la reconciliación de la Asociación Internacional de Prisiones (Prison Fellowship International, PFI).

DALY, Kathleen y HAYES, Hennessey, "Restorative Justice and Conferencing in Australia", Revista electrónica *Trends & issues in crime and criminal justice*, editada por el Instituto Australiano de Criminología, n.º 186, febrero de 2001, págs. 1 a 6 (www.aic.gov.au).

DALY, Kathleen, "Mind the gap: restorative justice in theory and practice", en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?* (edit. por VON HIRSCH/ROBERTS/ BOTTOMS/ROACH/SCHIFF), Edit. Hart Publishing, Oxford/Portland (Oregon), 2003, págs. 219 a 236.

DE VICENTE REMESAL, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de León, 1985.

DELATTRE, Regina, "Training for mediators and a training course for prosecutors and judges. The results of an AGIS project", en la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora (Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, abril 2004, págs. 3 a 5.

DOIG, Marnie y WALLACE, Ben, "Restoration For Victims Of Crime: Contemporary Challenges. Sexual Offending and Restorative Justice: The Challenge for Family Conferencing Practice in South Australia", ponencia presentada en la Conferencia sobre "Restauración para las víctimas del crimen" (Melbourne, septiembre 1999), publicada en la página web del Instituto Australiano de Criminología (www.aic.gov.au).

ELONHEIMO, Henrik, "Restorative Justice theory and the finnish mediation practices", ponencia presentada en la 3.ª Conferencia Anual de la Sociedad Europea de Criminología (Helsinki, agosto de 2003), publicada en la página web *Restorative Justice on line (www.restorativejustice.org)*.

ESPOSITO, Emanuele, "La mediazione penale minorile: aspetti, problemi e prospettive in una visione di tipo

sistemico", Revista electrónica *Diritto & Diritti (www.diritto.it)*.

GIACCA, Francesco, "La mediazione penale minorile, una risorsa o una reale alternativa?", Revista electrónica *Diritto & Diritti*, noviembre 2003.

HARRIS, Nathan, WALGRAVE, Lode, y BRAITHWAITE, John, "Emotional dynamics in restorative conferences", Revista *Theoretical Criminology*, Londres, Nueva Delhi, Thousand Oaks, Vol. 8 (2), 2004, págs. 191 a 210.

HARTMANN, Arthur/KERNER, Hans-Jürgen, "Victim-offender mediation in Germany", *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora (Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, abril 2004, pág. 2.

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edit. Edersa, Madrid, 1996.

HÖNISCH, Bernhard, "Die Wahrnehmung der Interessen von Geschädigten im Rahmen des Außergerichtlichen Tauschgleichs", página web de la asociación *Neustart*, junio 2004 (www.neustart.at).

HUDSON, Barbara, "Restorative Justice and gendered Violence. Diversion or Effective Justice?", *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 616 y ss.

KERNER, Hans-Jürgen, "Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich", en *Handbuch Mediation* (dirig. por HAFT, Fritjof y von SCHLIEFFEN, Katharina), Munich, 2002, págs. 1252 y ss.

KERNER, Hans-Jürgen y HARTMANN, Arthur, "Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für den Zehnjahreszeitraum 1993 bis 2002" (Valoración de los datos estadísticos acerca de la Compensación del Autor a la Víctima para la década de 1993 a 2002), *Bundesjustizministerium Deutschlands*, 2005.

KOSS, Christoph, "TOA Qualität auf dem Prüfstand bundesweite Einführung eines Gütesiegels. Vorbemerkung zum TOA Qualitätssertifikat", página web de la asociación "Neustart", junio 2005 (www.neustart.at).

KUNOVÁ, Jana, "Probation and mediation in the Slovak Republic", *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora (Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, abril 2005, págs. 1 y 2.

LARRAURI, Elena, "Tendencias actuales de la Justicia Restauradora", en *Serta in memoriam Alexandri Barratta*, VV.AA. (edit. por PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando), Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Águila-fuente, Salamanca, 2004, págs. 439 a 464.

LEMONNE, Anne, artículo Editorial de la *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora (Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, abril 2004.

MANNOZZI, Grazia, “Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale”, en *Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa: Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, VV.AA. (coord. por DE FRANCESCO/VENAFRO), Edit. G.Giapichelli, Turín, 2002, págs. 117 a 140.

McEVOY, Kieran, MIKA, Harry y HUDSON, Barbara, “Practice, Performance and Prospects for Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 469 a 475.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Reppertor, 7.ª ed., Barcelona, 2004.

MORRIS, Allison, “Critiquing the critics. A Brief Response to Critics of Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 596 a 615.

MUÑOZ, Yolanda, “Victim-offender mediation in the Basque Country”, *Revista del Foro europeo para la Mediación entre el Autor y la Víctima y para la Justicia restauradora (Newsletter of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice)*, abril 2004, pág. 7.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Edit. Comares, Granada, 1999.

RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Iurgium, Madrid, 2000, págs. 224 y ss.

ROBERTS, Julian V., y ROACH, Kent, “Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles”, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?* (edit. por VON HIRSCH/ROBERTS/ BOTTOMS/ROACH/SCHIFF), Edit. Hart Publishing, Oxford/Portland (Oregon), 2003, págs. 237 a 256.

ROSENBERG, Marko, “21,2 Millionen Euro für Opfer in 20 Jahren durch Neustart Außergerichtlichen Tausch erreicht. Konflikte regeln statt strafen!”, página web de la asociación Neustart, junio 2005 (www.neustart.at)

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 2005, págs. 1 a 33.

SCARDACCIONE, Gilda, y BALDRY, Anna, “Sospensione del giudizio con messa alla prova e mediazione con la vittima del reato nell’opinione della magistratura minorile”, *Rassegna Italiana de Criminologia*, 2002, n° 13, págs. 101 a 129.

SIEVERS, Nadja, *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit auch in Deutschland? Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der argentinischen Mediación previa*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, en *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de <reparación>”, *Revista Poder Judicial*, 1997, n° 45, págs. 183 y ss.

STRANG, Heather, *Repair or Revenge: victims and restorative justice*, Oxford, 2002

TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La víctima en el Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.

TRENCZEK, Thomas, “Victim-Offender-Reconciliation: the danger of cooptation and a useful reconsideration of Law Theory”, en *Contemporary Justice Reviews*, 2002, Vol. 5 (1), págs. 23 a 34.

UMBREIT, Mark S., y BRADSHAW, William, “Victim experience of meeting adult versus juvenile offenders: a cross-national comparison” (1997), en *Mediation theory and practice*, ALFINI/PRESS/STERNLIGHT/STULBERG, Edit. Lexis Publishing, Newark/San Francisco, 2001, págs. 539 y ss.

WOLTER, Jürgen, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena a proceso penal*, VV.AA., (edit. por WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg), Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 31 a 89.

WRIGHT, Martin, “The Court as last resort. Victim-Sensitive, Community-Based Responses to Crime”, *The British Journal of Criminology (TBJC)* 2002, Vol. 42, págs. 654 a 666.

ZEHR, Howard, “Justice: Retribution or Restoration?”, *Revista electrónica Peacework Magazine*, Abril 1999, n° 10 (www.afsc.org/peacework/).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, en *Derecho Penal, Parte General*, VV.AA., (dirig. por él mismo), Edit. Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 2004.