

Virginia Domingo de la Fuente
Especialista en mediación penal, coordinadora del servicio de mediación penal en Burgos,
presidenta de amepax. Artículo publicado en la revista de derecho penal. LEX NOVA.
Numero23/2008

SUMARIO : JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL:

1-LA ALTERNATIVA A LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

2-ORIGEN Y DEFINICIONES DE JUSTICIA RESTAURATIVA:

- a) Origen
- b) Definiciones

3-OBJETIVOS, CARACTERISTICAS Y BENEFICIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA:

- a) Objetivos
- b) Características
- c) Beneficios

4-¿CUALES SON LOS MODELOS UTILIZADOS PARA REALIZAR LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

- Mediación víctima e infractor
- Conferencia de familia o Grupo de Comunidad
- Tratado de Paz o Círculo de Sentencia

5-RAIZ COMUN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA ACTUAL JUSTICIA RETRIBUTIVA:

- Restitución
- Servicio Comunitario

6-MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

7-MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

8-MEDIACIÓN PENAL:

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN PENAL:

1-Doctrina

2-Bases legales y jurisprudenciales

- Derecho Constitucional
- Código Penal
- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica General Penitenciaria
- Ley de Responsabilidad del menor

3-Derecho supranacional

(este articulo forma parte del 1º libro de investigación de esta autora: “justicia restaurativa y mediación penal de la teoria a la practica”. Número de asiento registral 00/2005/917)

1-LA ALTERNATIVA A LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

Paradójicamente, todo se pretende solucionar acudiendo al Derecho Penal, existe una creencia o más bien una esperanza en el hecho de que el endurecimiento de las penas y en general, el rigorismo punitivo pueda ser la panacea de todos los problemas de la sociedad. Se incrementa

inconmensurablemente la función del Derecho punitivo, pero su eficacia real y potencial, dista mucho de ser la que fantasean los que acuden a este derecho pretendiendo soluciones mágicas. Cada vez es más frecuente acudir a los Tribunales ante cualquier conflicto por pequeño que este sea. Existe una creencia de que por esta vía, se va a conseguir una solución más satisfactoria para ambos, y a pesar de que suele revelarse como muy poco idóneo para resolver los litigios porque no atiende a las necesidades de las personas, sigue siendo el único cauce que encuentran los ciudadanos para resolver las disputas y para satisfacer la demanda de respuesta ante la comisión de un delito.

El castigo al culpable, se torna en una auténtica obsesión social y por una parte reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, intimida al culpable y al resto de potenciales candidatos y finalmente sacia la sed de venganza de la comunidad, pero aún así se olvida y deja sin respuesta a quién queda en una situación de mayor vulnerabilidad: la víctima. Además se está prescindiendo de algo tan relevante e importante como es la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad. Es de destacar que a pesar de este considerable aumento del rigorismo en las sanciones, la realidad muestra unas altas tasas de reincidencia y escasa contención de los infractores incluso ante las penas más "cruelles". Por tanto, como he venido diciendo, esta inflación del derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte del ciudadano.

Por todo esto, se puede concluir diciendo que una sociedad responsable debe tener resortes propios para la gestión de sus conflictos basándose especialmente en el principio de intervención mínima, hoy en día en trance de desaparecer merced a la multiplicidad de tipos penales y el aumento cuantitativo de las penas. En este sentido, la justicia restaurativa y dentro de ella la mediación penal es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal. Éste trata de esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad.

La mediación, sin embargo, parte de otra premisa: el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de la víctima e infractor. Esto es relevante, pues dicho reconocimiento voluntario de la autoría y la responsabilidad es el punto de partida para la resolución del conflicto, aunque no hay que olvidar que este reconocimiento de la autoría, no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurran para modular la antijuricidad y la culpabilidad.

Por otra parte, las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los tribunales, no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que estas personas han perdido por el delito. Las necesidades reales de las víctimas no suelen coincidir con las pretensiones procesales. Ello explica, como he venido diciendo, la frecuente desilusión con el sistema judicial al crear una seria insatisfacción, después de haber puesto todas las esperanzas en el que se cree el único medio posible. En este sentido, el proceso penal no solo no respeta estas necesidades sino que supone, en algunos casos, una experiencia dolorosa para las víctimas, no en vano se ha denominado a esta experiencia la "victimización secundaria" y así según N. CHRISTIE ¹ la víctima en un caso penal, es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, el estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean conveniente".

La mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima y del infractor. Se intenta evitar, siempre que sea posible, una pena de cárcel estigmatizante que ni satisface la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, acompañada y reparada ni del infractor de recuperar el papel social del que es despojado cuando entra en prisión, ni la de la sociedad que puede recuperar para sí a ambos y pacificar la convivencia, cumpliendo con múltiples mandatos constitucionales de lograr la paz social. Según ROXIN² la reparación tiene efectos resocializadores ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de las víctimas".

A pesar de lo que pueda parecer, según MARK UMBREIT³, director del Centro de Paz y Justicia Restaurativa de Minnesota (EEUU) y en contra de lo que opinan algunas personas " la justicia restaurativa no pretende ser blanda con los delincuentes sino, por el contrario busca modos de restaurar a la víctima".

"Además propone que se centre la atención en las víctimas, se las atienda y el delincuente asuma la responsabilidad por el daño que han hecho a las personas y sus familias".

¹ CHRISTIE, N, "Conflicts as Property", en British Journal of Criminology, vol 17 num 1. Traducción al español en "De los delitos y las víctimas" Maier, J(comp.) Buenos Aires, AD-Hoc, 1992

² "De los delitos y de las víctimas" EJER, MIRSCH, ROXIN, MAJER Y BERTON

³ "Restorative Justice through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment" Western Criminology Review 1 (1), 1998, Mark Umbreit

Mark Umbreit explica sus experiencias en los casos en que las víctimas y los delincuentes han participado en procesos de mediación y posteriormente, los mediadores han propuesto a los jueces condenas dirigidas a realizar obras sociales, compensar moralmente a la víctima y a la sociedad. Siguiendo esta línea, la mediación y por tanto la Justicia Restaurativa apuesta por la responsabilidad social y el principio del derecho penal mínimo coadyuva a la dimensión preventivo especial: la responsabilidad ética del infractor.

Para concluir se debe mencionar que: el lugar natural de la mediación penal es la justicia restaurativa. Además, no se apuesta por una vía alternativa al proceso penal, sino un cauce complementario, pero siempre incardinado dentro del propio proceso, eso sí, reduciendo al mínimo el ámbito del derecho penal y teniendo siempre en el horizonte la función reeducadora y reinsertadora de las penas privativas de libertad, al ser algo inherente a nuestro estado social y democrático de derecho. Se debe intentar devolver a la comunidad su protagonismo, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del infractor

Todo esto no solo es más justo, sino también más eficaz, eficiente y mucho más barato.

2-ORIGEN Y DEFINICIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA:

a) Origen

Es muy difícil determinar exactamente el momento o el lugar en que se originó. Lo que sí es seguro, es que las formas tradicionales y autóctonas de Justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la Justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas.

Son en los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de Justicia Restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

Hacia el 1974, la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes, capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado.

El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores(Howard Zehr)⁴. En Elkhart, Indiana el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "el centro para Justicia Comunitaria".

Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto con muy diferente variedad de formas para hacerlo.

La Asociación de Mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hacer varios años para unir tales programas.

En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar al FIRM(foros para iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido).

⁴ "Fundamental Concepts of Restorative justice". Akron, Pennsylvania Mennonite Central Cominitte 1997. Howard Zehr

En Nueva Zelanda, se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí, también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil.

b) Definiciones

A. La Justicia restaurativa es un proceso donde las partes con riesgo en un delito específico, resuelven colectivamente el cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro.

B. Las Naciones Unidas la definen como:

Una **respuesta evolucionada** al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona construye comprensión y promueve armonía social, a través de la sanación de víctimas, ofensores y comunidades.

Define la Justicia Restaurativa como respuesta y no como programa con lo que se habla de la filosofía y de unos valores que refuerzan el concepto y son:

- **Sensibilidad**
- **Apertura**
- **Confianza**
- **Esperanza**
- **Sanación**

C. Otra definición que puede darse es por diferencia con la Justicia Penal contemporánea:

- La **Justicia Penal**, ve al crimen como una simple transgresión de la ley.
- La **Justicia Restaurativa**, reconoce que el crimen daña a las víctimas, a las comunidades y a los mismos delincuentes.
- La **Justicia Penal**, da solamente papel al gobierno y al infractor.
- La **Restaurativa**, incluye también a las víctimas y a las comunidades.
- La **Justicia Penal**, mide cuanto castigo fue infringido
- La **Justicia Restaurativa**, mide cuantos daños son reparados o prevenidos.

3-OBJETIVOS, CARACTERÍSTICAS Y BENEFICIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

a) Objetivos

En un marco de Justicia Restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia⁵ (Amstutz, L.&Zehr, H Víctimas/ofensores, sistema de Justicia Juvenil, conferencia en Pensilvania. Universidad Menonita)

La Justicia Restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia.

Esta teoría busca como objetivos primordiales:

1. Invitar a la completa participación y al consenso
2. Sanar lo que ha sido roto
3. Buscar completa y directa responsabilidad
4. Reunir lo que ha sido dividido
5. Fortalecer a la comunidad para prevenir daños mayores.
6. Buscar el esfuerzo cooperativo de la comunidad y del estado
7. Buscar la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad.

b) Características

A. El crimen es visto en primera instancia como un conflicto entre individuos que desemboca en ofensas a la víctima, la comunidad y al mismo ofensor y en segunda instancia se comprende como una violación contra el Estado

B. La dirección del proceso debe ser hacia la creación de paz en las comunidades reconciliando las partes y reparando los daños causados.

⁵ AMSTUTZ, L. & ZEHR, H.: “Víctimas/ofensores, sistema de Justicia Juvenil”, conferencia de Pensilvania. Universidad de Menonita

C. Facilita la participación activa de los tres agentes víctima, ofensor y comunidad con el objetivo de encontrar soluciones al conflicto.

c) Beneficios

Para la **víctima**, representa una oportunidad de obtener reparación, sentirse seguro y buscar el cierre de sus heridas.

A los **ofensores** les permite indagar en las causas y efectos de su comportamiento y asumir la responsabilidad de manera significativa.

A la **comunidad** la habilita para comprender las causas subyacentes del crimen, para promover su bienestar y prevenir futuras acciones criminales(**Naciones Unidas.**)

Por tanto, los **beneficios concretos de esta Justicia son:**

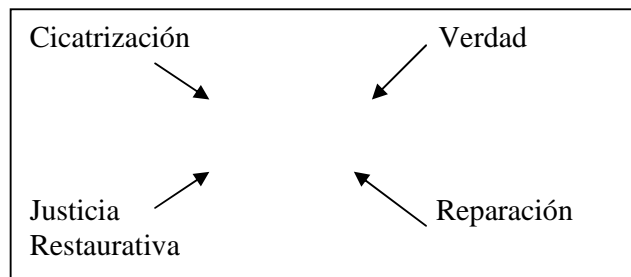
- Permite a la **víctima** negociar soluciones satisfactorias (recuperando la sensación de control al tener capacidad de participar en la decisión del modo de resolver la situación). Pone rostro e historia al infractor, va a ser escuchada, reparada y va a obtener respuesta a muchas preguntas (va a poder pasar página de la experiencia negativa-razones profundas del comportamiento delictivo, recuperando la tranquilidad personal con la oportunidad de encontrar respuestas a las incognitas generadas por el delito)
- La **comunidad** se involucra en el proceso, lo cual provee un ámbito de apoyo y promoción a la seguridad comunitaria. Será una sociedad más madura, crítica y reconciliada. Además la atención a las necesidades de la víctima y la comunidad contribuye a la mejora de la imagen social de la justicia como institución.
- Los **ofensores** son confrontados respecto a la aceptación de su responsabilidad lo cual los convierte en agentes activos y comprometidos en sus obligaciones con la víctima y la comunidad. (les permite reconocer el valor intrínseco de la persona y su capacidad para rectificar su propia conducta). Constituye un esfuerzo positivo su adhesión interna a las normas sociales y valores de convivencia. En conclusión, los infractores no sólo se responsabilizan de su conducta sino que van a poner rostro e historia a la otra persona (conociendo las necesidades y expectativas reales de la víctima para poder tomar las iniciativas apropiadas y respetar su voluntad) Por el hecho de participar en una mediación y reparar el daño van a poder ver reducida su sanción penal.

- **El sistema penal:** Incorpora una herramienta útil para la individualización de las respuestas judiciales aumentando así su eficacia. Disminuye la reincidencia (prevención especial positiva). Aporta un valor añadido a la función reeducadora y resocializadora de la pena privativa de libertad favoreciendo el tratamiento.

Los individuos que participan experimentan un sentimiento de inclusión y penetración en el proceso de Justicia Criminal.

La práctica de la Justicia Restaurativa(y dentro de ésta y como una forma de realizarla: la mediación)es muy accesible y atractiva para las personas por su naturaleza flexible y menos formal.

Puede entonces, inferirse que **contribuye a agilizar el proceso y a descongestionar el aparato de Justicia.**



En este cuadro se puede ver cómo la Justicia Restaurativa(y también la mediación) contribuye junto con la cicatrización, verdad y reparación a la mejor satisfacción de la víctima, haciéndola participe de todo el proceso y consiguiendo la reconciliación, lo cuál sin duda es beneficioso para toda la comunidad en su conjunto.

La respuesta penal por sí sola , en general no cicatriza heridas. Cuando el infractor sale de prisión , sale con más odio que con el que entró. La mediación permite que esto no sea así. Las partes han podido dialogar y enfrentarse al problema. **A través de los principios fundamentales** que inspiran la justicia restaurativa y por ende la mediación como son la **Reparación**, se va a conseguir no solo que la víctima se sienta escuchada y participe de su propio conflicto, sino que también la va a servir para comprender (no en el sentido de justificar) la situación del infractor , siendo todo esto una paso importante para la curación de las "heridas"

LIMITACIÓN:

Un límite fundamental de la Justicia Restaurativa(y sus modelos como los Círculos de Sentencia o la mediación...) es que ésta **se apoya en la cooperación** de las partes involucradas y por tanto, si el ofensor se niega a aceptar la responsabilidad del crimen y a cumplir con sus obligaciones con la comunidad y la víctima, no se puede hablar de Justicia Restaurativa.

4-¿CUÁLES SON LOS MODELOS UTILIZADOS PARA REALIZAR JUSTICIA RESTAURATIVA?

Es aceptado que los siguientes tres métodos son sellos de calidad de la justicia restaurativa. Cada uno requiere que el infractor admita la responsabilidad del delito. Cada uno está limitado a las partes, quienes participan voluntariamente.

- ***Mediación de víctima e infractor.***

Este es un proceso que provee una oportunidad a la víctima interesada de reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia de un mediador

Los objetivos de la mediación de víctima y de infractor incluyen: permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de la propia voluntad, animando al infractor a comprender sobre el impacto del crimen y tomar responsabilidad del daño resultante, y proporcionando a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño.

Hay más de 300 programas de mediación de víctima e infractor en Norte América, y más de 500 en Europa. Las investigaciones en tales programas encontraron una más elevada satisfacción entre víctimas, una mayor probabilidad de que el infractor cumplirá con la obligación de restitución, y menos infractores cometiendo nuevos delitos, comparado con los que siguieron un proceso de corte normal.

- ***Conferencia de Familia o Grupo de Comunidad.***

Este proceso junta a la víctima, infractor, familia, amigos y partidarios importantes de ambos, para decidir cómo dirigir la consecuencia del crimen. Los objetivos de la conferencia incluyen: dar a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en responder al delito, aumentado la conciencia del infractor del impacto de su conducta y darle una oportunidad de tomar responsabilidad por ello, comprometiendo el sistema de apoyo a infractores para hacer enmiendas y formar su conducta en el futuro y permitir al infractor y la víctima conectarse con el apoyo clave de la comunidad.

La conferencia fue adaptada de las prácticas tradicionales de Maori en Nueva Zelanda, donde es operada fuera del departamento de servicio social, y fue modificada aún más en Australia para la policía.

Está ahora en uso en Norte América, Europa y en Sudáfrica, en una de aquellas dos formas. Ha sido usada con infractores juveniles (la mayor parte de los casos juveniles en Nueva Zelanda son manejados por entrevistas) y con infractores adultos.

Las investigaciones en tales programas, demuestran un muy alto grado de satisfacción para las víctimas y los infractores en los procesos y resultados.

- ***Tratado de Paz o Círculos de Sentencia.***

Este es un proceso diseñado para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, policía.... sobre un plan de sentencia apropiado que satisfaga las inquietudes de todas las partes interesadas.

Las metas de los círculos incluye: promover la curación de todas las partes afectadas, dando la oportunidad al infractor de enmendar, dando a las víctimas, infractores, miembros de familia y comunidades una voz y una responsabilidad compartida para hallar resoluciones constructivas, dirigiendo causas fundamentales de conducta criminal, y construyendo un sentido de comunidad alrededor de los valores compartidos de la comunidad.

Los círculos fueron adaptados de ciertas prácticas tradicionales Nativas Americanas y están siendo utilizadas en todo Norte América.

5-RAIZ COMÚN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA ACTUAL JUSTICIA RETRIBUTIVA

Cada uno de los procesos de Justicia Restaurativa, en el epígrafe anterior mencionados, finalizan con un acuerdo sobre como el infractor enmendará los daños causado por el delito.

Dos sanciones de la justicia tradicional son utilizadas en la respuesta restaurativa del delito: **la restitución y el servicio a la comunidad.**

Restitución

Es el pago por parte del infractor de una suma de dinero para compensar a la víctima por las pérdidas financieras causadas por el delito. Es justificada desde la perspectiva restaurativa, como un método de mantener a los infractores responsables por sus malas acciones y como un método de reparar el daño a la víctima.

La restitución puede ser determinada en el curso de la mediación, conferencia o los ciclos; puede también ser ordenada por un juez. En otras palabras, es un resultado potencialmente restaurador que puede resultar ya sea de un proceso restaurador o de un proceso de justicia convencional.

Estudios han demostrado que la restitución, aumenta la satisfacción de la víctima con el proceso judicial y que el uso de la restitución estaba asociado con la reducción de la reincidencia. Otros estudios han demostrado que cuando la restitución es determinada durante la mediación, es más probable que se pague, que cuando resulta de una orden proveniente del juez.

En nuestro derecho, como más tarde expondré, existe la del art. 21.5c.p " 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". Este concepto de reparación está íntimamente vinculada con la responsabilidad civil y así el art.109c.p establece que la ejecución de un hecho descrito en la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes los daños y perjuicios por él causados. Y el art. 110 c.p habla de que la responsabilidad comprende 1-restitución 2-reparación y 3-indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, aunque estos artículos emplean conceptos idénticos de reparación y de intentar restaurar el daño causado, el alcance de uno y otros son totalmente diferentes.

Así, mientras los artículos de la responsabilidad civil, se quedan en un carácter netamente civilista y no van más allá de la estricta letra de la ley, el art. 21.5 tiene un sentido más amplio, con la reparación se trata de procurar ayuda a la víctima y también de fomentar la reparación, para satisfacer el interés social y mantener la paz de la comunidad.

En este sentido, es admitido por reiterada jurisprudencia, la reparación simbólica. No olvidemos que esto abre un amplio campo de posibilidades, no solo porque la restitución y reparación real se hace imposible en determinados casos, sino también porque algunos delitos carecen de víctima concreta y determinada, teniendo que hacer el esfuerzo reparador a la comunidad en su conjunto de una manera simbólica, reconociendo la transgresión de la norma y comprometiéndose a realizar determinadas actividades o a abstenerse de hacer determinadas conductas (esta posibilidad está contemplada en el art. 112cp en relación con el art. 1099cc). Pensemos por ejemplo, en el caso de drogodependientes, con esta actitud de reparar (ingresar en centro de desintoxicación) y con este "no hacer"(no volver a tomar drogas) no solo se está reparando el daño causado a una víctima concreta si la hay o a la comunidad (aunque sea de una manera simbólica) sino que también, en la práctica se está evitando posibles conductas delictivas, ayudando a la prevención del delito.

Servicio Comunitario:

Es el trabajo realizado por un infractor para el beneficio de la comunidad. Es justificada en una perspectiva restaurativa como un método de dirigirse al daño experimentado por la comunidad cuando ocurre un crimen. Sin embargo, puede ser utilizado por razones compensatorias o como una manera de rehabilitar al infractor.

Lo que distingue su uso como respuesta restaurativa es la atención dada para identificar el daño particular sufrido por la comunidad como resultado del crimen por parte del infractor, y el esfuerzo para asegurar que los servicios a la comunidad por parte de estos, reparen ese daño particular.

Así por ejemplo, pensemos en los infractores que ponen grafittis en los edificios, a estos se les puede asignar el servicio comunitario de limpiar los grafittis del vecindario.

Los programas de servicio comunitario en Africa construyen procesos de habito para hacer reparación, así, se dirigen al interés de la comunidad y facilitan la reintegración del infractor.

En nuestro código penal, tras la reforma que entro en vigor en octubre de 2004 se ha potenciado la labor de los trabajos en beneficio de la comunidad como una clase de pena más, y así en la exposición de motivos de esta ley se dice que " en relación con la sustitución de las penas se incluye como novedad que, en el caso de que las penas no excedan de dos años en relación con reos no habituales, puedan ser sustituidas por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, con la finalidad de potenciar la aplicación esta última modalidad penológica y **conseguir un claro efecto resocializador y reeducativo**

6-MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA:

El lugar natural de la mediación es la Justicia Restaurativa. Esta, como he venido diciendo, es una filosofía, una forma de entender la justicia distinta de la que ha sido la más generalizada, la Retributiva.

Hasta ahora, la idea de Justicia estaba polarizada en torno a la noción de castigo. Habíamos hecho una traducción secularizada de la idea del Dios justiciero que "premia a los buenos y castiga a los malos" y más en concreto, hablando de Justicia Penal se imponía la idea de la centralidad de la pena.

Es por tanto, la Justicia Restaurativa un nuevo movimiento que reconociendo que el crimen causa daños a las personas y a las comunidades, insiste en que la Justicia repara esos daños y las partes pueden participar en ese proceso. En este sentido, la inclusión es el valor fundamental que lleva y conserva a los más afectados por el crimen al frente de los procesos de toma de decisiones. Una fuerte orientación hacia la escucha y el diálogo, también es central para cualquier proceso restaurativo.

Una forma de llevarse a cabo esta nueva filosofía de Justicia es la Mediación, y en general se puede decir que es un procedimiento en el cual, las partes, ayudadas por un tercero(mediador) que no tiene facultades de decisión, intentan resolver un conflicto. El mediador o facilitador sirve de cauce para que víctima y ofensor puedan llegar a acuerdos de restauración y reparación del daño y también para que el infractor asuma su responsabilidad por el hecho cometido.

Se está ofreciendo ingresar en un proceso de mediación, que si arriba con éxito, repara de algún modo el daño y lo que es más importante, opera preventivamente para aminorar la posibilidad de aparición de otros conflictos de indole similar en el futuro, sin perjuicio de que la vía penal se mantenga abierta.

La mediación se rige y se alimenta de los mismo principios y posee los mismos beneficios de la Justicia Restaurativa, pues es una forma de poner en práctica esta Justicia, además, con ésta se reducen los costos tanto económicos como emocionales porque se controla el resultado y se mejora la comunicación, consolida la comprensión y confianza, resguarda la relación y es base de negociaciones futuras.

La mediación en su vertiente penal, no plantea ningún problema con respecto a los delitos en que hay una víctima conocida y determinada. El conflicto podría surgir en delitos sin víctima (por ejemplo los delitos de peligro, en los que se requiere solamente la realización de una determinada actividad, no siendo necesario la efectiva lesión o daño del bien jurídico protegido)

Un claro exponente de esto, sería la **conducción bajo los efectos del alcohol**, ¿hay con quién mediar? Con la comunidad. ¿Cómo se podría reparar? Ayudando como voluntario en un centro de discapacitados por accidentes de tráfico, por ejemplo.

Esto no sería trabajo en beneficio de la comunidad, como condena a cumplir por obligación del juez, sino como una prestación voluntaria del infractor, por mediación, que después podrá ser valorado por el juez, en cuanto supone un menor reproche al haber intentado reparar el daño que ha causado, si bien de una **manera simbólica**.

Según reiterada jurisprudencia, debe ser considerada como reparación a todos los efectos y como una atenuante así **STS 6 octubre de 1998** dice que "cuando el actor realiza un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de las mismas, en tales casos se dará una reparación simbólica que por regla general debe admitirse en toda clase de delitos".

Otra posibilidad de reparación, como ya apunté, en otro apartado de esta exposición, sería el compromiso de no hacer (art. 1099cc) que en el ejemplo en concreto, conllevaría el no volver a ingerir alcohol y someterse a tratamiento rehabilitador, en su caso, con esto no sólo se repara el daño causado a la comunidad (como víctima indeterminada en esta clase de delito) y se devuelve la confianza en las normas como decía la STS, sino que también se está reduciendo y previniendo la comisión de hechos y conductas similares (se evita la reincidencia)

Se podría plantear una nueva pregunta **¿ existe un compromiso de cumplir y acatar estos acuerdos de reparación y por tanto de convivencia?**

La estadística establece que el nivel de cumplimiento de los acuerdos es más alto que el de un proceso ordinario, cualquiera que este fuere. El porqué, vendría dado por el hecho de que, son las propias partes las que fijan de forma totalmente voluntaria estos compromisos de futuro, no siéndoles impuesto por una persona externa a ellos.

Como conclusión, se puede afirmar que la mediación en sus diferentes formas ya sea penal, comunitaria, escolar o política... es una de las maneras a través de la cual la Justicia Restaurativa puede impregnar de nuevos valores, nuestra forma de ver la Justicia y la manera de abordar el tratamiento de los conflictos.

7-MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

La Mediación es un proceso negocial que con dirección de un tercero neutral que no tiene poder de decisión, busca soluciones de reciproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control e intercambio de información favoreciendo el comportamiento cooperativo de las partes.

Esta mediación se integra dentro de los sistemas alternativos a los tribunales para resolver los conflictos, es decir, dentro de los **RAD (resolución alternativa de disputas)**

Dentro de estos mecanismos nos encontramos:

Negociación

Es un procedimiento por el cual las partes intentan resolver sus conflictos sin la intervención de un tercero.

Conciliación

Está prevista en las leyes y se realiza ante el juez. Existe otra acepción de esta palabra en el sentido de un procedimiento similar a la mediación en la que el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo conservando las partes el poder de aceptarlas o no.

Arbitraje

Procedimiento en el que la decisión de la disputa se deja en un tercero (árbitro). Las partes plantean sus posiciones, se puede producir pruebas o no y se dicta un laudo. Comparte similitudes con un juicio aunque permite una resolución más rápida.

Mediación.

Un tercero neutral ayuda a las partes a resolver sus conflictos. Es una negociación asistida por un tercero.

Hay además ***otras formas de RAD*** como cláusulas mediación / arbitraje, mini juicio, previa evaluación neutral, Ombudsman (defensor del pueblo)

Existen **dos líneas de pensamiento en torno a la mediación:**

1) Modelo tradicional lineal (Harvard)

- Entiende la comunicación en un sentido literal
- Cada uno expresa su contenido y el otro escucha o no.
- El mediador es un facilitador de la comunicación
- Pone su acento en la comunicación verbal
- Entiende que el conflicto tiene una causa que es el desacuerdo en general, no se considera los orígenes en múltiples causas
- Trabaja sobre interés, necesidades...sin tener en cuenta el factor emocional. Es por ello que no intenta modificar las relaciones entre las partes.
- Como método propone la curación del conflicto permitiendo que salgan las emociones para luego avanzar.
- Para esta postura la mediación sería "exitosa" cuando se llega a un acuerdo.

2) Modelo transformativo de Baruch y Folger.

- El enfoque transformativo define el objetivo como el mejoramiento de las propias partes, comparadas con lo que eran antes.
- En la mediación transformadora se alcanza el éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar, gracias a lo que ha ocurrido en la mediación.
- Estos dos autores(como se ha dicho ya) plantean que la meta en mediación es un mundo en el que no sólo las personas estén mejor sino que ellas mismas sean mejores, más humanas, más compasivas, más tolerantes y se van a potenciar dos capacidades, la revalorización y el reconocimiento:

- a) La **revalorización** en el sentido de devolver a los individuos un cierto sentido de su propio valor, de su fuerza, que sean conscientes de su capacidad para afrontar los problemas en la vida. No los depositamos en un juez que toma una decisión ajena a nosotros, sino que somos nosotros los protagonistas de nuestra propia historia.

- b) El **reconocimiento** en el sentido de aceptación y empatía con respecto a la situación y a los problemas de los terceros. Salgo de mi papel de víctima para encontrarme con el infractor y salgo de mi papel de infractor para encontrarme con la víctima.

Por último, cabe decir que **la mediación se suele recomendar cuando:**

1. Hay relación que se perpetua en el tiempo y se quiere acabar con el problema pero no con la relación.
2. Las partes quieren conservar el control sobre el resultado
3. Las partes convienen que la disputa no favorece a nadie y ninguno desea entablar el litigio.
4. Cuando existe una variada gama de soluciones
5. Cuando no existe un desequilibrio de poder desmesurado.
6. Cuando se quiera resolver el conflicto de forma más rápida y sin excesivos costes.

8-MEDIACIÓN PENAL

Con la mediación penal, se hace referencia, a los conflictos que tienen una tipificación expresa en las leyes penales y son considerados como antijurídicos (bien faltas o bien delitos).

Actualmente existe una imposibilidad de dar respuesta concreta a la demanda social, con la consecuente deslegitimación para la institución judicial. Ésta, se encuentra saturada por la gran cantidad de causas que en definitiva, coadyuvan a la paralización del sistema en la persecución de las conductas delictivas graves.

La forma tradicional en que el sistema judicial administra los litigios, tiende más a formalizar las diligencias que a aportar una solución específica para el tipo de conflicto de que se trate.

Por otra parte, existen disputas en los que el demandante más que solicitar algún tipo de vindictio por un hecho definido, busca la resolución rápida de una circunstancia delictiva mediante la intervención estatal y es aquí donde se genera la insatisfacción de la ciudadanía.

Es por eso, que se hace necesario la búsqueda de formas de resolución de conflictos de carácter penal, complementarios a la vía ordinaria: **la mediación penal.**

Esta es un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad.

Es un proceso de diálogo y comunicación voluntario entre víctima e infractor conducido por un mediador imparcial y neutral con el objetivo de llegar a unos acuerdos reparadores satisfactorios y libremente aceptados por las partes.

Se intenta a través de esta mediación rescatar la confianza, credibilidad y eficacia basado en la apertura hacia la diversidad, conscientes de que la justicia y la paz social se pueden alcanzar por vías complementarias a la contienda judicial o litigio, en el entendido de que la garantía de impartición de justicia no se limita a la emisión de sentencias, como quizá muchos ciudadanos creen.

A. Fundamentos jurídicos de la mediación penal

1) Doctrina

Uno de los **principios fundamentales del derecho penal es el de intervención mínima**, el cual establece que no debe utilizarse este derecho cuando exista la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. El convencimiento de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio (es decir tras el fracaso de otros modos de protección), obliga a reducir al máximo el recurso al derecho penal, debiendo ser considerado como la última ratio.

Siguiendo estas consideraciones Mir Puig establece que para proteger los intereses sociales del estado, se debe agotar los medios menos lesivos antes de acudir al derecho penal. Deberá preferirse según este autor la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales, así civiles, por ejemplo, reparación de daños y perjuicios, administrativas como por ejemplo multas.... Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. De ahí que este principio se denomine también de subsidiariedad.

Por otra parte es de resaltar que el **código penal ha ampliado el arbitrio judicial** de forma considerable especialmente en lo tocante a la determinación y aplicación de las penas (art.66 y 80 y ss del C.P.) así como en su individualización. Uno de los momentos de la individualización de las penas sería el judicial, en este, el juzgador determinará si la ley lo permite, la clase de pena y su duración. Según la doctrina imperante, para ello deberían poseer una especial preparación no solo jurídica sino también psicológica y sociológica, entre otras, que les permitiera conocer la personalidad del delincuente. Recibirían toda clase de informes, debidamente controlados relativos a la vida y antecedentes de aquellos, y si fuera preciso (al resultar imposible que una sola persona tenga conocimientos en tan amplias y dispares materias) podría y debería recurrir a la ayuda de especialistas. Sería deseable también que antes del juicio se efectuara una serie de exámenes al inculpado para conocer su personalidad y medio social con el fin de prever sus posibles reacciones al tratamiento penal y dilucidar si cupiese en todo caso una alternativa.

Estos especialistas deberían ser capaces de colaborar con el juzgador y coadyuvar con este a la hora de mostrarle la relación víctima-delincuente, si existe en el caso concreto, y sus posiciones y necesidades, el grado de arrepentimiento, posibles acuerdos a los que pudiera llegarse a la hora de restaurar el orden jurídico perturbado.... es decir, mostrarle un elenco de posibilidades fácticas que inciden de lleno en la evolución del juicio y en la posible pena (atenuantes, eximentes, sobreseimiento y archivo, sustitución o suspensión de la pena...).

De acuerdo con gran parte de la doctrina jurídica y filosófica los **finés u objetivos de las penas son la retribución, prevención y rehabilitación.**

- Con la **retribución** se intentaría volver las cosas al estado que tenían antes de la comisión del delito, cuando sea posible, en otro caso se trataría de minorar los efectos de la conducta delictiva, o en último lugar, la pena desde este punto de vista sería la respuesta de la sociedad al delincuente por el mal que causó.
- Desde la función de la **prevención** tanto general como especial se intenta disuadir a otros y al mismo delincuente de la comisión de nuevos delitos.
- Y con la **rehabilitación** se trata de conseguir que el delincuente vuelva al marco social del que se separó.

Estos objetivos de las penas se encuentran recogidos en el **Art. 25.2 de nuestro texto constitucional** el cual aunque solo alude a la reeducación y reinserción, según autores como Mir Puig los otros fines de la pena vendrían respaldados por el Art.1 en el que habla de España como un estado social y democrático de derecho. Al constituirse nuestro estado de esta forma, el ius puniendi, ha de estar sujeto no solo al límite del principio de legalidad que impone el estado de derecho sino a otra serie de límites que se derivan de su carácter de estado social y democrático como el principio de intervención mínima, ya mencionado, y el respeto a la dignidad humana e igualdad.

Conviene subrayar, que siguiendo esta línea, el **derecho penitenciario tiene como meta también la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad** Art. 1 LOGP y se intenta conseguir a través del tratamiento.

Así se define en el **Art. 59.1** como conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los internos, añadiéndose que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley así como subvenir a sus necesidades. Tampoco escasean las referencias al futuro en que el interno sea "capaz de llevar, con conciencia social una vida sin delitos" **art61.1 LOGP**. En definitiva, queda pues constatado que nuestro sistema penal y penitenciario pretende prevenir las conductas delictivas o bien promover una resocialización penal, en el sentido de evitar recaídas en el delito. Esta reinserción se pone de manifiesto también en el tratamiento postpenitenciario al establecer en el **Art. 73 de dicha LOGP** que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

Respecto de la **Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, cabe destacar el punto 5 de la exposición de motivos que dice “Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente **no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas**”.

Seguidamente, en el **punto 13 de la exposición de motivos**, “Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la **reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.**

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Es de destacar el hecho de que **la ley penal del menor, prevé ya unos mecanismos que tímidamente se fundamentan en la filosofía de la justicia restaurativa, basada en dar participación a la víctima en el proceso y conseguir, con todo esto, una mejor satisfacción de su interés vulnerado como consecuencia de la comisión de un acto delictivo.**

Nada impide que esta tendencia, iniciada por esta ley, pueda incorporarse a la justicia de adultos pues si como he dicho, no hay referencias legales que amparen expresamente la mediación penal y justicia restaurativa, tampoco hay prohibición expresa, y de gran parte de artículos de nuestro texto constitucional y del código penal (que más tarde se examinarán) se infiere la posibilidad de llevarse a cabo, como ya se ha realizado en otras comunidades autónomas

2) Bases legales y jurisprudenciales:

- ***Derecho constitucional:***

Art. 1.1: “España se constituye en un estado social democrático de Derecho...”

Art. 9.2: “Corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y grupo sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Estos artículos muestran el interés del constituyente en superar la separación entre sociedad y estado, propia de épocas pasadas, estableciendo una relación, justamente en la que hace del segundo, un instrumento efectivo y servicial de la primera. Por tanto, a la exigencia de una legitimación democrática, se añade la legitimación del Estado por el cumplimiento de su papel de integración de resolución adecuada de problemas y de conflictos sociales, dando participación activa a los interesados para lograr una mayor y más pronta satisfacción de los conflictos. Así la STC 11/1981 se refiere a la armonización en la mutua acción Estado – Sociedad que supone el estado social (...) tiene la significación, de legitimar medios de defensa a los intereses y grupos de población socialmente dependientes, y si el estado social no excluye los conflictos, si puede y debe proporcionar los cauces para resolverlos.

Art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

El proceso de mediación y justicia restaurativa no sólo no vulnera el principio de legalidad ni de jerarquía normativa puesto que es respetuoso con todas las normas legales y procesales, sino que además ayuda a la mejor comprensión del hecho juzgado. La mediación y por tanto la justicia restaurativa como procedimiento inserto en una causa penal, aporta al proceso argumentos que ayudan a la valoración del delito y a la calificación del mismo a la hora de dictar sentencia. Al proporcionar elementos importantes para que el juez decida, se está dotando al proceso de mayores y mejores garantías.

Art. 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social”.

El estado tiene como fin último, lograr una convivencia en paz de todos los ciudadanos, lo que se puede llevar a cabo de una forma más satisfactoria, facilitando el dialogo de los posibles implicados en un litigio. Habilitar a las partes a que tomen un posición activa y protagonista en el proceso, contribuye a la mayor satisfacción por el funcionamiento del sistema judicial, así como la asunción de una responsabilidad moral y social sobre los hechos cometidos y sufridos respectivamente, que conducen a su posterior prevención.

Art. 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.

En ningún caso se debe desposeer al Juez de su facultad de decidir en cuestiones dentro del ámbito penal.

Al ser la mediación y la justicia restaurativa un procedimiento voluntario tanto en su inicio como en su conclusión, pudiendo cualquiera de las partes participantes, renunciar en cualquier momento a continuar o terminar dicho proceso, a llegar o no a acuerdos, o a acatar o no los mismos, este precepto constitucional no queda vulnerado. Por otra parte, la mediación penal y la justicia restaurativa, son fórmulas de resolución y prevención de conflictos que se insertan inexcusablemente dentro de un proceso judicial, iniciándose el procedimiento de mediación bajo la tutela del juez y termina antes del archivo del caso o su sentencia, ayudando a dejar constancia escrita y motivada de los acuerdos tomados por las partes, que son pieza fundamental, tanto en la motivación del archivo como de la citada sentencia.

Art.24.2: “Asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Respecto de la presunción de inocencia, la mediación al ser un proceso voluntario, no afecta a ésta en ningún sentido. El acusado puede asumir en la medida que él libremente estime, su responsabilidad en los hechos enjuiciados, no siendo necesario para iniciar el proceso, su autoinculpación. En consonancia con esto, el artículo 406 de la LECr, establece que la confesión del inculpado no excluye la necesidad de que el Juez realice todas las pruebas necesarias para llegar a su convencimiento sobre los hechos confesados y la comisión del delito. La mediación penal y los procedimientos de justicia restaurativa, de alguna manera actúan como medios de prueba en la valoración de la experiencia subjetiva, tanto del acusado como de la víctima, por el delito cometido así como por los objetivos y las metas a alcanzar por el proceso judicial.

Art. 25.2: ...”las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”

El procedimiento de justicia restaurativa, aporta al proceso la posibilidad de que las partes lleguen a acuerdos en este sentido. Una justicia meramente

retributiva o punitiva, no resuelve ni previene el delito o los daños causados, por lo que un modelo restaurativo, no sólo tiene soporte jurídico en nuestro ordenamiento, sino que además es una demanda de nuestro estado social.

Art. 39: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”

Siguiendo la misma línea de argumentación, la Constitución establece la necesidad de que el estado trate de favorecer un ambiente adecuado para que cada individuo, integrado en el núcleo familiar pueda desarrollarse como persona. Esto implica que la consecución del objetivo de lograr la paz social, favorece no sólo a los acusados sino al resto de la comunidad. Si es muy cierto, que el delito afecta al delincuente y a su víctima, no es menos cierto, que repercute inevitablemente en su entorno familiar, de tal manera que siendo la familia una institución que debe ser protegida por la sociedad, la mejor resolución de los conflictos penales, favorecerá la prevención de los delitos y la reinserción en la sociedad, tanto del delincuente, así como la normalización de las relaciones con su familia y sus comunidad.

Art. 43.2: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y prestaciones y servicios necesarios”.

A lo largo del texto constitucional, se ve una clara preocupación por cada ámbito de la vida de los ciudadanos. De este artículo en particular, se infiere una preocupación por establecer toda clase de medidas preventivas o a posteriori, para tutelar la salud. Esta preocupación por la salud, no es ajena a la administración de justicia, pues la salud física o psíquica es la base para clarificar conceptos tan importantes como la imputabilidad penal. Por otra parte, es el apoyo fundamental para lograr la rehabilitación y reinserción de los delincuentes (uno de los fines de nuestro estado social y democrático de derecho) y también, no se debe olvidar que la salud desde el punto de vista social, ayuda a obtener una visión más amplia y completa de las circunstancias que rodearon la comisión del hecho y de las posibles variables a la hora de dictar sentencia.

A este respecto y en esta línea la Organización Mundial de la Salud define la salud como el perfecto estado de bienestar físico, mental **y social, y no sólo la ausencia de dolor o enfermedad.**

Art. 120.3: “Las sentencias serán siempre motivadas”...

Para eludir la arbitrariedad en toma de decisiones tan importantes como las de los tribunales, se establece en la constitución la necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales, para lo cual el juzgador debe proveerse de los argumentos suficientes y necesarios en los que basar su convicción sobre los hechos.

Como se ha comentado anteriormente, la experiencia subjetiva de los implicados es muy importante en la valoración del delito y sus consecuencias. El Proceso de mediación penal y justicia restaurativa establece un marco de encuentro de las partes interesadas que resuelve por escrito y con la debida motivación el conflicto surgido entre ellos por el hecho delictivo. De esta manera, el acuerdo de las partes a este respecto, ayuda a motivar la resolución judicial en todo aquello que se refiera a la experiencia subjetiva de las partes.

Art. 124: “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”

La misión fundamental del Ministerio Fiscal es actuar en defensa de los intereses de los ciudadanos y a él le compete también, el que los tribunales lleguen a resoluciones en las que se satisfaga el interés general de la mejor forma posible, para lo que el proceso de mediación y por tanto, de justicia restaurativa puede ser una herramienta eficaz y de gran ayuda.

- ***Código Penal.***

Art. 21.2º: atenúa la responsabilidad criminal a causa de su grave adición a sustancias establecidas en el artículo anterior.

Artículo 21.5 del vigente Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre): la reparación del daño: “Son circunstancias atenuantes: 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”.

La reparación del daño causado a la víctima, puede consistir, por ejemplo, en procurarle una satisfacción, bien de índole moral, bien de carácter material o indemnizatorio. Para que esta conducta atenuatoria surta efecto, es necesario que se realice antes de la celebración del juicio oral siendo en principio posible la atenuación para quien realiza la conducta reparadora

una vez señalado el juicio oral pero no celebrado y también en los casos de suspensión de éste, si la conducta se verifica tras el acuerdo de suspensión y antes de la ulterior reanudación.

Contenido de la reparación: El artículo 21.5 del Código Penal no define cuál deba ser el contenido de esa reparación. La jurisprudencia ha ido perfilando este contenido y los requisitos que debe presentar la reparación y la disminución del daño para que tengan reflejo atenuatorio:

1. **Ha de ser efectiva.** Por ejemplo, consignando las cantidades sustraídas (STS de 17 de octubre de 1998 y STS de 26 de abril de 1999).

2. **Es independiente incluso de la aceptación de la víctima o perjudicado.** STS 17 octubre 1998: “En el caso que da origen a este recurso ha quedado probado que el procesado ahora recurrente, reparó los daños causados por sus delitos, consignando para ello cantidades incluso superiores a las que había sustraído y sin tener en cuenta que dos de los perjudicados habían renunciado a ser indemnizados”. STS 21 de octubre 2003: “Ahora bien, la exigencia de la efectividad de la reparación o disminución de los efectos del delito, teniendo en cuenta lo anterior, no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante [...] Lo que en todo caso sí es exigible es la plena disponibilidad del autor del delito según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo con independencia de las circunstancias ajenas a la disponibilidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación.”

3. **Cabe una reparación parcial,** adecuada a la capacidad reparadora del sujeto (SSTS de 23 de diciembre de 1999, 24 de enero de 2001).

4. **No es necesario que sea integral, pero sí que sea sustancial** (STS de 12 de febrero de 2000) o relevante (STS de 26 de abril de 1999).

5. **Puede ser simbólica,** caso de una petición de perdón (STS de 8 de noviembre de 1994; STS de 28 de octubre de 1995). En este sentido, se entendería como reparación simbólica poner inmediatamente en conocimiento de los agentes de la autoridad la existencia del fuego y colaborar en las tareas de extinción del mismo (SAP de Pontevedra, Sección 4ª, 9 de febrero de 2000); cooperar con la Policía para detener al destinatario de 4,475 Kg. de cocaína que portaba la acusada (STS de 18 de

octubre de 1999, núm. 1383/1999; o la actividad de voluntariado que está llevando a cabo en la Asociación “Ciudad Joven”, dado que no existe una víctima concreta (ST 78 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia, de 2 de marzo de 2000). También la STS 6 de octubre 1998 señala que “cuando el autor realiza un “actus contrarius” de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos”.

Así pues, cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (STS 19 febrero 2001, 30 de abril de 2002, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante.

6. No se identifica totalmente, con el concepto civil de reparación. STS 4 febrero de 2000: “Con relación al artículo 21.5 del Código Penal, el legislador emplea el término reparación en un sentido amplio más allá de la estricta significación que se deriva del artículo 110 C.P. donde la responsabilidad civil tiene un innegable matiz jurídico civilista. Se trata de procurar ayuda a la víctima, incentivar la reparación . . . satisfacer un interés general que afecta tanto a la comunidad como a los intereses de las víctimas”. Cf. también STS 2 de diciembre de 2003.

7. Debe solicitarse expresamente su aplicación, no basta presentar sólo el documento de consignación (STS de 23 de diciembre de 1999).

8. El último párrafo de la STS 6 de octubre de 1998 permite la aplicación no sólo a delitos de resultado, sino también a los de simple actividad. Por ejemplo, nada impide aplicársela al traficante que decide colaborar en la rehabilitación de drogodependientes y ello al margen de las atenuadas previstas en el propio tipo privilegiado (art. 376 tanto en la vigente redacción, como in fine según LO 15/2003, que incorpora un tratamiento jurídico específico para el drogodependiente rehabilitado por razones inteligentes de política criminal), o quien ha puesto en peligro la seguridad en el tráfico y decide incorporarse como voluntario a un Centro de Tetrapléjicos, víctimas de accidentes viarios.

9. Los baremos de referencia a la hora de estimarla o desestimarla han de ser: las condiciones del culpable y la gravedad de su conducta (STS, Sala Segunda, de 29 de septiembre de 1998).

10. Es indiferente la motivación del sujeto (incluso, cabe que su única motivación sea obtener una ventaja penológica).

11. **Tiene una clara finalidad de revalorizar el papel de la víctima en el proceso penal:** STS 26 abril 1999: “Queda acreditado que ha sido abonado el perjuicio causado, lo que sin duda debió haber exigido la aplicación del art. 21.5 CP, que introducida en el vigente Código Penal constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima. Por un lado supone un claro indicio de un apartamiento de su actividad delictiva facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. De otro lado, se facilita la satisfacción a la víctima, la tradicional olvidada de las grandes construcciones doctrinales del sistema de justicia penal hasta época reciente, con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, reconociendo que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone, también, un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción, los de la víctima, de suerte que ésta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo”. En la misma dirección, STS 30 de junio de 2003.

12. **Cabe ser aplicada como muy cualificada,** con las consiguientes consecuencias a efectos de dosimetría penal (bajar uno o dos grados la pena.) STS 24 de Julio de 2001: “La conducta revela una asunción de la culpabilidad y un restablecimiento de el orden jurídico lesionado por los acusados que disponen sus conducta positivamente a reparar el daño producido. Ello implica el conocimiento del actuar contrario a la norma y una voluntad dirigida al restablecimiento del actuar contrario a la norma y una voluntad dirigida al restablecimiento de su eficacia reparando el mal causado y, en definitiva, solucionando la situación conflictual producida por la conducta delictiva, Procede estimarla como muy cualificada”. STS 5 de noviembre de 2003: “[...]pues la lesión jurídica ha sido plenamente restañada, no sólo devolviendo lo defraudado, sino cuantos daños y perjuicios ocasionó[...]. Lo que permite rebajar en dos grados la pena”. También STS 10 de mayo de 2001 et passim.

13. **Es compatible con la atenuante de confesar la infracción a la autoridad del art. 21,4 CP** “pues aun tratándose de comportamientos posdelictuales se refieren a conductas distintas que exigen una distinta atenuación y obedecen a razones de política criminal que el legislador plasma en el Código Penal” (STS 23 de enero de 2001).

14. **Debe ser aplicada con generosidad y gradualidad.** STS 30 de junio de 2003 establece doctrina general: “A) La atenuante que nos ocupa debe ser interpretada con la mayor flexibilidad, en el sentido de no poner cortapisas a la actitud reparadora del sujeto agente. B) La atenuación deberá ser objeto de matices y gradaciones al objeto de señalar la intensidad atenuatoria de la misma, diversificando situaciones. [...] Indudablemente, tampoco podría considerarse de igual manera la restitución total, incluso con daños y perjuicios, que la que se hace parcialmente. La atenuación abarca a ambas posibilidades (intensidad de la restitución). [...] También es posible aquilatar el grado de dañosidad ocasionado y después reparado, desde el punto de vista de la víctima.[...]. En el plano de los principios y por constituir materia del motivo que estudiamos, deberían quedar fuera de la posible estimación los siguientes supuestos: A) Las reparaciones ilusorias o aparentes, sin apenas efectividad [...] B) Junto a este supuesto deben añadirse los actos de reparación teñidos de ilicitud”.

Persona que ha de realizarla: El autor de la infracción (o un tercero en su nombre siempre y cuando la misma se realice por orden y cuenta del sujeto activo, ante la imposibilidad por su parte de llevar a cabo dicha conducta)

En los casos de sustitución y suspensión de la ejecución de la condena se atenderá al esfuerzo realizado para reparar el daño (artículos 88.1 y 80 y siguientes del Código Penal): En el caso de la sustitución, tanto para penas de prisión que no excedan de un año como para las que no excedan de dos, se tendrá en cuenta "el esfuerzo realizado para reparar el daño causado (...)". A los efectos de la suspensión del artículo 80, párrafo segundo, cuando se hace referencia a la previa audiencia de las partes, estas (si ha existido un proceso de mediación) lo pondrán de manifiesto.

Artículo 21.4 del Código Penal :“Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

El elemento subjetivo de ambas atenuante(art.21.4 y 21.5) es similar: cooperar con la Administración de Justicia o realizar actos tendentes a disminuir el daño causado, sin que se valoren cuáles sean los motivos que ha llevado al autor a esa reparación.

Elemento objetivo de la atenuante del artículo 21.4 (la confesión de la infracción a las autoridades): con relación al elemento cronológico, Alonso Fernández entiende que existirán tres supuestos que se mueven temporalmente desde la comisión del delito hasta que efectivamente un procedimiento se dirige contra una persona determinada, y en los tres supuestos, la confesión realizada será, cronológicamente hablando, válida:

- (a) Confesión realizada a partir de la comisión del hecho delictivo y antes de que se haya incoado procedimiento alguno.
- (b) Confesión realizada encontrándose ya abierto un procedimiento, en el que todavía no se haya determinado el culpable, o equivocadamente se dirija contra persona no responsable de delito.
- (c) Confesión realizada encontrándose un procedimiento en marcha, y que se dirija contra el auténtico responsable de la infracción, pero que éste desconozca tal hecho, en el momento de emitir su confesión.

Con relación al **contenido del concepto, “procedimiento judicial”**, la mayor parte de la jurisprudencia entiende que es el que se inicia con la instrucción del atestado por parte de los funcionarios policiales, dado que es el que hace nacer el proceso judicial y forma parte del mismo.

Por lo que respecta al **contenido de la confesión**: debe ser total, auténtica, veraz y sin ocultar datos que perjudiquen al confesante.

Art. 21.6: Son circunstancias atenuantes: Cualquier otra circunstancia de análoga significación que los anteriores.

No se trata de analogía en las circunstancias como en el código de 1870 sino de analogía en la significación, es decir, circunstancias que aun no siendo análogas atendiendo a los hechos que las constituyen, lo son en cuanto deben suponer una disminución de la culpabilidad o la antijuricidad. Cualquier conducta reparadora que se lleve a cabo fuera de esos momentos procesales a los que se refieren los artículos 21.4 y 21.5 del C.P. podrá ser valorada ante instancia superior como una atenuante analógica (artículo 21.6 del Código Penal).

Art. 80 cp. “ Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a 2 años mediante resolución motivada. ...”

Art. 83.1 cp “ La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al art. 80.2 de este código.

En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones....de entre las siguientes: (...)^{6º} Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.”

Art. 84.1 cp “ Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal, revocará la suspensión de la ejecución de la pena... “

Art.87.1.1º 4 y 5cp. : suspensión de penas privativas de libertad no superiores a cinco años.... a causa de su dependencia.....Que se certifique por Centro o Servicio Público o Privado.....Los Centros o Servicios responsables del Tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador... la información precisa....el Juez o Tribunal **acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo.** De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondiente, estime necesaria la continuación del tratamiento....

Art. 88.1 cp : “Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate cuando las circunstancias personales del reo, la **naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen, siempre que no se trata de reos habituales**”

Art. 88.2 cp. “ Excepcionalmente se podrán sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que **no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social...** En el caso de que el reo hubiese sido condenado por delito tipificado en el artículo 173.2 (violencia doméstica) la pena de prisión, sólo podrá ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad...adicionalmente, se impondrá además, la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico...”

Art. 90 cp “ Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados....:

a) que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un **pronóstico individualizado y favorable de reinserción social** emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la ley orgánica general penitenciaria...”

Art.91.1 cp. “ Excepcionalmente....el juez de vigilancia penitenciaria previo informe del ministerio fiscal, instituciones penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que **merezan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales**”.

Art.91.2cp. “ A propuesta de instituciones penitenciarias y previo informe del ministerio fiscal y de las demás partes...el juez de vigilancia penitenciaria podrá **adelantar una vez extinguida la mitad de la condena la libertad condicional**.....Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y **que acredite además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación ,en su caso**”.

Art. 95.1cp : “Las medidas de seguridad se aplicarán por el juez o tribunal previos los informes que estimen convenientes... siempre que concurren las siguientes circunstancias 1) que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito 2) que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto, pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos “

Art. 97cp: “Durante la ejecución de la sentencia el Juez o Tribunal sentenciador adoptará mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de vigilancia alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la ejecución... b) **Decretar el cese** de la medida en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. c) **Sustituir** una medida de seguridad por otra que estime más adecuada... d) **Dejar en suspenso** la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación...”

105 cp “ Para decretar la obligación de observar alguna de las medidas previstas en este artículo, **el juez o tribunal sentenciador, deberá valorar los informes emitidos por facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad**”

Art. 130.5 cp “La responsabilidad criminal se extingue por el **perdón del ofendido cuando la Ley así lo prevea**. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla”.

- ***Ley de Enjuiciamiento Criminal***

Art. 746.6 LECr: Se abre un turno de intervenciones, en el juicio oral (**Art.786.2 LECr**) a instancia del órgano sentenciador, en el que las partes pueden exponer lo que estimen oportuno a cerca de diferentes cuestiones como por ejemplo, pueden solicitar la suspensión del juicio (art 746 LECr) por ser necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6 LECr.). La suspensión del juicio será por un máximo de treinta días (art. 788.1 LECr.)

Art. 787 LECr: (**en el procedimiento abreviado**) El Juez puede proceder con la conformidad de ambas partes a una **sentencia de conformidad**, con el escrito de acusación o con el que se presentare en el acto.

Art. 665 LECR (conformidad en el procedimiento ordinario)

Según Muerza Esparza,⁶ cuando la Ley dice “**con el escrito que se presente en dicho acto, se está presuponiendo negociaciones previas entre acusación y defensa, aunque la Ley nada especifique al respecto**”. La mediación penal puede desempeñar una función importante , con cualquiera de las modalidades de conformidad, antes expuestas, podríamos hablar de una Conformidad de Calidad, en tanto puede contribuir a la efectividad de los escritos conjuntos de acusación y defensa en los que se manifiesta la conformidad por :

Darle al perjudicado una solución adecuada a sus necesidades
Darle al imputado la posibilidad de responsabilizarse en el perjuicio causado y por ello se produce un efecto preventivo de cara a futuros comportamientos inadecuados.

⁶ MUERZA ESPARZA, J., El proceso penal abreviado, Aranzadi, Pamplona, 2002

Dar razones de política legislativa dirigidas a evitar la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

- ***Ley orgánica general penitenciaria***

Art.72 LOGP La clasificación o progresión al tercer grado del tratamiento requerirá.....que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en **orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales**, las condiciones personales y patrimoniales del culpable a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura...

- ***Ley de responsabilidad penal del menor.***

Esta Ley Orgánica, es prolija en la mención de procedimientos de mediación y justicia restaurativa, y la participación de un equipo multidisciplinar en estas funciones.

El fundamento por el que han llegado a este procedimiento socializante, no es otro que la atenuante previsto en nuestro Código Penal de la reparación del daño.

Art. 19 LRPM: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. “También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además **el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa** propuesta por el equipo técnico en su informe

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el **menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas**, y se entenderá por reparación el **compromiso asumido por el menor con la víctima** o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3) Derecho Supranacional

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de Noviembre de 1950):

Admite como procedimiento para el propio funcionamiento de su sistema de garantías, el de **la mediación** de la Comisión instituida por el referido Convenio, para conflictos entre un Estado infractor y el demandante, víctima de la violación de derechos.

Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros fomentar que se facilite la **indemnización** a la víctima por parte del delincuente, por ejemplo, previendo tal obligación como **medida sustitutiva de la pena privativa de libertad**.

Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal. Insta a los gobiernos de los Estados miembros revisar la legislación y su práctica para adaptarlas a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación. E incluso, recomienda a los gobiernos de los **Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación**.

Recomendación R (87) 21 del 17 de septiembre de 1987, del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre la “asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización”, donde se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de éstas, entre las que se encuentra la mediación: **“fomentar las experiencias de ámbito nacional o local de mediación entre el delincuente y su víctima...”**.

Recomendación R (99) 19, sobre mediación en el ámbito penal.

Establece definición de mediación penal: “ la Mediación penal es todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente así lo consienten, en la solución de la dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”

Esta recomendación establece los principios generales de la mediación penal:

Art 3 : “ La Mediación en el ámbito penal, debería ser un servicio generalmente disponible”

Art 4: “ La Mediación en el ámbito penal, debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal”

También establece los fundamentos jurídicos y así en el art 6 : “ La legislación debería facilitar la Mediación en el ámbito penal”. Por todo esto, recomienda a los gobiernos de los estados miembros que se inspiren en sus legislaciones y prácticas internas, en los principios enunciados para poder ponerlos en marcha progresivamente”

Recomendación R (2006) 8 del consejo europeo sobre la asistencia a las víctimas de delito y que sustituye a la Recomendación (87) 21. Cabe destacar su artículo 13.1 donde recomienda a los estados miembros que tengan en cuenta los beneficios potenciales de la mediación para las víctimas , desde la administración pública, desde los servicios de atención a las víctimas del delito, tienen que considerar siempre que sea adecuado, las posibilidades que ofrece la mediación entre víctima e infractor, cumpliendo así lo establecido en la R (99) 19

Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985. Proclama que las víctimas han de tener un papel más activo en el proceso penal, señalando, además, unos principios, que a estos efectos, deben presidir los sistemas legales. Entre estos principios se encuentran los de la restitución y la compensación a las víctimas. Establece, además, que **cuando proceda se utilizarán mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación... a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.**

Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004): “Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos y en particular, las disposiciones en materia de indemnización y de mediación no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil”. “A efectos de la presente decisión marco, se entenderá por **“mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”**”.

Artículo 10 de esta decisión marco: “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”. “Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”.

Artículo 17: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006”.

4) Naciones Unidas

Resolución del Consejo Económico y Social Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal

11º período de sesiones.

Viena, 16 a 25 de abril de 2002

Agenda ítem 4

Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal

E/CN.15/2002/5/Add.1

BIBLIOGRAFIA

CHRISTIE, N “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”. Instituto criminológico y derecho penal. Universidad de Oslo.

UMBREIT, M, Director del Centro de Paz y Justicia Restaurativa de Minnesota (EEUU).Criteria for Victim-Sensitive Mediation and Dialogue with Offenders. Washington, DC. VS. Department of Justice, Office for victims of crime. 1977

ROXIN, C,”La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones”. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania. Ed. cuadernos del consejo general del poder judicial. Madrid 1991, pp. 119 y ss.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Mediación penal : de la teoría a la práctica”Mediación Elcame: Centro de abordaje de conflictos, 2006, Argentina

ZEHR, Howard, El pequeño libro de la Justicia Restaurativa, Intercouse PA, Good Books. 2007

Amstuz, L & Zehr, H Víctimas/ ofensores, sistema de Justicia Juvenil, conferencia en Pensilvania. Universidad Menonita. 1997

ZEHR, Howard, Encargado del programa de reconciliación entre víctima y ofensor. “REstorative Justice: the concept”. Corretions Today 59 (7); 68-70. 1997

BARUCH BUSH, R.A. Y FOLGER, J.P “ La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros”. Granica, Barcelona 1996

MIR PUIG, “Derecho penal, parte general”, Bosch, Barcelona 1998, pp. 198

QUERALT JIMENEZ,J “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación” Anuario de derecho penal y Ciencias penales, T. XLIX fascículo I, 1996, pp. 342 y ss

Consejo de Europa. R (83) 7 de 23 de junio de 1983. Comité de ministros del Consejo de Europa sobre Participación del público en la política penal

Consejo de Europa R (85) 11 de 28 de Junio de 1985. Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la Víctima en el marco del derecho penal y del procedimiento penal.

Consejo de Europa R (87) 20 de 17 de septiembre de 1987. Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a relaciones sociales ante la delincuencia juvenil

Consejo de Europa R (87) 21 de 1987. Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la Asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.

Consejo de Europa R (99) 19 de 1999. Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en el ámbito penal

Consejo de Europa R (2006) sobre asistencias a las víctimas de delito y sustituye a la Recomendación R (87) 21

ITURBE, MO, “ La nueva victimología: nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito”. Revista Penal y Penitenciaria, Madrid 1958, pp. 199 y ss

NEUMAN, E, Mediación penal. Argentina, Ed. Universidad, 2005

EIRAS NORDENSTAHL, ULF, CHRISTIAN, Mediación Penal de la práctica a la teoría, Ed. Librería histórica, 2005, Argentina

FOLBERY, J. Y TAYLOR, A. Mediación: resolución de conflictos sin litigio, Ed. Limusa Noriega Editores, 1992

URY, W. Supere el No. Como negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles, Ed. Gestión 2000, 1997

SAN MARTIN LARRINOVA, MB, La mediación como respuesta a algunos problemas jurídicos-criminológicos (del presente francés al futuro español) Administración de la comunidad autónoma del País Vasco, julio 1997