



UGR

Universidad
de **Granada**

Facultad de Derecho.

Departamento de Derecho Penal.

Programa de Doctorado: Derecho Penal y Política Criminal.

TESIS DOCTORAL.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS EN LA MEDIACIÓN PENAL

Autora: M^a Angeles Cano Soler.

Directora: Doña Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos.

-Granada, Mayo 2014-

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: M^a Ángeles Cano Soler
D.L.: GR 2104-2014
ISBN: 978-84-9083-132-8

La doctoranda M^a Angeles Cano Soler y la directora de la tesis doña Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por la doctoranda bajo la dirección de la directora de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

En Granada, a 14 de Mayo de 2014.

Director/es de la Tesis

Fdo.: 

Elena Marín de
Espinosa Ceballos

Doctorando

Fdo.: 

INDICE

-ABREVIATURAS.....	Pág. 7
I.-INTRODUCCIÓN.....	8
II.-LA VICTIMA EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL.	
1.-Breve referencia a su evolución.....	12
2.-Concepto de víctima.....	17
III.- PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS.	
1.-Las Garantías y Derechos de las víctimas en el Derecho Español.	
1.1.Introducción.....	24
1.2.Victimización secundaria.....	26
1.3.Los Servicios de Asistencia a la Víctima en España: aplicación práctica en la protección de los derechos de las víctimas.....	39
1.4.Regulación de los Derechos de las víctimas en el sistema jurídico español.	47
1.5.Reconocimiento legal de los derechos de las víctimas: contenido.....	52
1.5.a) En el ámbito europeo.	
aa) La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la <i>Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos</i> y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de Octubre.....	56
1.5.b) El ámbito de la legislación española.....	68
1.6.De la norma a la práctica.....	89
1.7.La Búsqueda del equilibrio víctima-infractor.....	96
2.-La víctima en los Proyectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	
2.1. El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.....	103
2.2. El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013.....	113
3.-El Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de Las Víctimas.	
3.1.Estructura y contenido.....	117
3.2.Toma de posición.....	123
4.-El papel del Ministerio Fiscal en la defensa de la víctima.	
4.1.En la regulación actual.....	131

4.1.a) Funciones del Ministerio Fiscal en pro de los derechos de las víctimas.	
4.1.b) Organización de la Fiscalía.....	138
4.1.c) El Ministerio Fiscal ante la victimización secundaria.....	139
4.1.d) Reivindicaciones de la Fiscalía.....	142
4.1.e) Especiales actuaciones de algunas Fiscalías en concreto.....	144
4.2. En los Proyectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	148
4.2.a) El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.	
4.2.b) El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013.....	149
5-Conclusiones.....	150

IV.-LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA NUEVA JUSTICIA.

1.-Introducción.....	152
2.-Concepto y alcance de la Justicia Restaurativa.....	155
3.-Las bases y objetivos de la Justicia Restaurativa.....	162
3.-Justicia Restaurativa <i>versus</i> Justicia Retributiva.....	170
4.-Modelos de Justicia Restaurativa.....	173

V.-LA MEDIACIÓN PENAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. REGULACIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.- Diferencias con otras figuras.....	175
1.1. Mediación penal y Justicia Restaurativa.	
1.2. Mediación penal y otras Mediaciones.....	176
1.3. Mediación penal y Conformidad.....	178
2.-Concepto.....	181
3. Fines.....	186
4. La Mediación y el <i>ius puniendi</i> del Estado.....	190
5.-Regulación de la Mediación Penal en el Derecho Supranacional	193
5.1. Naciones Unidas.....	194
5.2. Unión Europea.....	196
6-Origen y Desarrollo en Derecho Comparado.....	203

VI.-SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA.....

1.-La Mediación Penal en la práctica.	215
---	------------

1.1.El Consejo General del Poder Judicial.....	215
1.2. La Fiscalía.....	219
1.3.Implementación en las Comunidades Autónomas.....	223
1.3.a) Cataluña.....	224
aa) La cuestión de inconstitucionalidad en torno a la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma sobre mediación.....	227
1.3.b) País Vasco.....	231
bb)-Breve referencia a los encuentros restaurativos entre disidentes de ETA y sus víctimas.....	236
1.3.c) La Rioja.....	240
1.3.d) Madrid.....	242
1.3.e) Castilla y León.....	246
1.3.f) Valencia.....	248
1.3.g) Navarra.....	249
1.3.h) Andalucía.....	250
1.3.i)Extremadura.....	251
1.4.Conclusiones.....	251
2.-La Mediación Penal en la legislación.....	254
2.1. En el ámbito de la Justicia para los menores.....	255
2.2. En el ámbito de la Justicia para los adultos.....	262
3.-Atisbos de la aplicación práctica de la Mediación Penal en el Código Penal según las distintas fases del proceso penal.....	265
3.1. Fase de Instrucción.....	266
3.2. Fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución.....	267
3.3. Fase de Ejecución.....	268
4-Posibilidades de aplicación de la Mediación Penal en los delitos de violencia de género y doméstica.	269
4.1. Concepto de Violencia de Género.....	271
4.2. Mediación Penal en la LO de Protección Integral contra la Violencia de Género y doméstica. Posiciones doctrinales.....	273
4.2.a) Introducción.	
4.2.b) Posturas a favor.....	276
4.2.c) Posiciones en contra.....	288
4.2.d) Futuro incierto.....	289

4.2.e) Toma de postura.....	290
-----------------------------	-----

VII.-LA REPARACIÓN PENAL.

1.- Reparación y fines del Derecho Penal. La propuesta de Roxin.....	297
1.1. Necesidad de la reparación integral.	
1.2. La reparación ante los fines del Derecho. La tercera vía propuesta por Roxin.....	298
1.2.a) La reparación según la teoría inicial de Roxin.....	298
1.2.b) La reparación en los fines de la pena.....	299
1.3. Fundamento de “la tercera vía”.....	304
1.4. Críticas a “la tercera vía”.....	306
2.- Reparación y Mediación Penal.....	309
3.-Especial referencia al tratamiento de la reparación en el Código Penal español.....	311
3.1.Introducción.	
3.2.Como responsabilidad civil derivada de la infracción penal.....	314
3.3.Como atenuante genérica de la responsabilidad criminal.....	317
3.3.a) Introducción.....	317
3.3.b) Fundamento.....	319
3.3.c) Elementos.....	323
3.3.d) Los sujetos.....	326
3.3.e) Comunicabilidad entre partícipes.....	328
3.3.f) Compatibilidad con otras circunstancias.....	329
3.4.Como atenuante específica en determinados tipos penales, excusa absolutoria o semi-excusa absolutoria.....	329
3.5.Como causa de especial consideración para la concesión de beneficios en la ejecución de la pena y penitenciarios.....	331
3.6.Conclusiones.....	332

VIII.-LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS EN LA MEDIACIÓN PENAL.

1.-Introducción.....	335
2.-Compatibilidad entre la Mediación Penal y los Principios Constitucionales básicos del ordenamiento jurídico penal.....	336

2.1-Principio de Legalidad.....	338
2.2-Principio de Igualdad.....	343
3.-Especial referencia al derecho a la tutela efectiva de las víctimas.....	345
4.-Victimización secundaria y Mediación Penal.....	349
5.-Los principios de la Mediación Penal y su incidencia en los derechos de las víctimas.....	350
5.1-Voluntariedad.....	353
5.2-Gratuidad.....	358
5.3-Confidencialidad.....	359
5.4-Oficialidad.....	362
5.5-Flexibilidad.....	365
5.6-Bilateralidad.....	368
5.7-Principio de equidad o igualdad de armas.....	369
5.8-Neutralidad.....	371
5.9-Imparcialidad.....	371
5.10-Independencia.....	373
5.11-Conclusiones.....	375
6.-La Mediación Penal y los derechos constitucionales básicos del imputado/acusado.....	377
6.1-Presunción de inocencia.....	378
6.2-Derecho de defensa y asistencia letrada.....	386
6.3-Derecho a ser informado de la acusación.....	387
6.4-Derecho al Juez ordinario predeterminado.....	387
7-Ventajas y riesgos de la Mediación Penal.....	388
7.1-Ventajas.....	388
7.2-Riesgos.....	392
8.- Las experiencias de las víctimas en la Mediación Penal.....	398
IX.-CONCLUSIONES.....	404
-BIBLIOGRAFÍA.....	416

-ABREVIATURAS UTILIZADAS :

Aptd.: Apartado.

Art./s: Artículo/s.

CAVAS: Centro de Atención a Víctimas de Agresión Sexual.

CE/Const.: Constitución Española.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código Penal.

Ed./Edit.: Editorial.

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

FGE: Fiscalía General del Estado.

LECr./LECrIm/LECRM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

L.O: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOVG: Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LRPM: Ley de Responsabilidad Penal de lo Menores.

OAV: Oficinas de Atención a Víctimas.

P./Pág./s: Página/s.

SAVD: Servicio de Asistencia a Víctimas de Delitos.

Ss./sig./s.: siguiente/s.

Vol.: Volumen.

I. INTRODUCCIÓN.

La principal finalidad de la Administración de Justicia es el mantenimiento de una pacífica convivencia social.

Para lograrla, es necesario que concurren dos elementos indispensables: el respeto al ordenamiento jurídico y la confianza en la Justicia.

La ciudadanía ha de tener la convicción de que los órganos judiciales responden adecuadamente y de forma rápida y eficaz ante sus demandas de Justicia.

Solo si la Administración de Justicia es capaz de resolver los conflictos sociales satisfactoriamente, se conseguirá que los justiciables respeten el ordenamiento jurídico.

Lo que legitima a la justicia es, como recuerda Carmena Castrillo¹, precisamente su capacidad de incidencia en la realidad social, su capacidad para garantizar el máximo de satisfacción del sistema social, basado en ese tejido de derechos y deberes que conforman el día a día de los postulados teóricos de los sistemas jurídicos.

Para que la Administración de Justicia pueda cumplir su cometido ha de disponer de los medios materiales y personales necesarios para desempeñar su función pero, además, resulta imprescindible la aplicación de métodos de resolución de conflictos adecuados.

Sin embargo, como afirma Ordeñana Gezuraga², la respuesta que el sistema jurisdiccional ofrece en la actualidad a la infracción penal no es sostenible, no es adecuada, ni para hoy, ni para mañana. Y no lo es porque no es eficaz, porque no se utilizan los medios existentes para obtener los mejores resultados. Luego, no contribuye, ni contribuirá al progreso social.

Pues bien, a consecuencia de ello, se puede apreciar, por su constatada evidencia, que existe una creciente y generalizada desconfianza en la Administración de Justicia para resolver adecuadamente los conflictos planteados, y para garantizar la correcta aplicación de la ley³.

En este marco jurídico-social la gran perdedora es, y ha sido prácticamente siempre, la víctima.

¹ Vid. CARMENA CASTRILLO, Manuela. “¿Qué le pasa a la justicia?”. Revista Crítica, año 58, nº 954, 2008, pág. 25.

² Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “Mediación Penal: una alternativa que funciona”, XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible (17. 2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. BORJA ANTÓN). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, pág. 1938. ISBN: 978-84-8419-232-9.

³ Así lo ponen también de manifiesto los distintos estudios promovidos por el Consejo General del Poder Judicial y por otras instituciones. Vid. *Libro Blanco de la Justicia* (aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 8 de Septiembre de 1997). CGPJ 1998, pág. 7.

Ella es la doblemente maltratada: primero, por el delincuente, que le hace padecer los efectos del delito; y, después, por el sistema judicial, que la somete, sin consideración alguna al trauma sufrido, a las penurias de un proceso penal largo, costoso, irrespetuoso con su persona, e, incluso, la mayor parte de las veces, inútil o de peores consecuencias.

La Administración de Justicia actúa, así, incrementando el dolor de la víctima.

Por este motivo, porque hay que instaurar métodos de solución de conflictos más eficaces y satisfactorios para la sociedad, en general, y para la víctima, en particular -dada la marginación legal que padece en el ámbito penal y procesal penal-, nace la urgente necesidad de buscar nuevas vías o sistemas penales que, por un lado, cubran estas expectativas de la Administración de Justicia, y, por otro, tiendan a conceder un mayor reconocimiento del estatus jurídico de la víctima y le confieran una efectiva protección dentro del proceso penal.

Es hora de andar nuevos caminos.

A esta necesidad responde este trabajo.

En él, partiendo de la figura de la víctima y su problemática, se aborda la cuestión del tratamiento que en el marco jurídico, penal y procesal, actual se confiere a la víctima del delito, y, tras un paseo por la mediación penal, se propone esta vía como método de resolución de conflictos más adecuado a los intereses y derechos de la víctima, en especial.

Para llegar a esta conclusión, se sigue la estructura de trabajo y metodología siguientes:

1º.-En primer lugar, se determina la posición que la víctima ocupa en el ámbito penal en cuanto al reconocimiento de un estatus jurídico, y en el ámbito del proceso penal, con relación a la protección de sus derechos.

En este apartado nos acercamos a la víctima como persona titular de unos derechos reconocidos legalmente que, si bien, en teoría, la protegen, en la práctica la abandonan.

Se hace un repaso por la historia y por la legislación, tanto supranacional como estatal, cuyo objetivo principal es el reconocimiento de los derechos y garantías de las víctimas del delito.

Se aborda el problema de la victimización secundaria y la función de los Servicios de Asistencia a las Víctimas como protectores de sus derechos.

Una breve referencia a los Proyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal y al tan esperado Estatuto de la Víctima ponen la nota de esperanza en un futuro que se hace esperar.

Por último, como colofón, se alude al papel que el Ministerio Fiscal, en su calidad de defensor de la legalidad y máximo garante de los derechos de las partes en el proceso judicial, desempeña como órgano protector de la víctima.

2º.-Tras dejar patente el trato marginal y discriminatorio que viene sufriendo la víctima, se pretende la búsqueda de métodos o vías que puedan garantizar y proteger mejor sus derechos.

Se descubre la Justicia Restaurativa como una filosofía, con un conjunto de valores y principios rectores capaces de crear el marco idóneo para una justicia más humana y más cercana a la ciudadanía, que tiene más en cuenta las personas, que atiende con mayor interés a sus circunstancias personales.

3º.-Como herramienta de la Justicia Restaurativa, se plantea la mediación penal como mecanismo, integrado, en principio, en el ámbito judicial, para solventar pacíficamente el conflicto surgido entre víctima e infractor a consecuencia del delito, lo que repercute en beneficio de la sociedad. Y esto, en cuanto que se basa en el diálogo directo y personal entre víctima e infractor, se desarrolla en un espacio de respeto y de igualdad, y, alejándose de la rigidez y frialdad de la justicia tradicional penal, imprime flexibilidad al procedimiento para adaptarse a las necesidades de los justiciables y a las circunstancias del caso concreto.

Con ello, aumenta la pretendida confianza de la ciudadanía en la Justicia y se revaloriza la figura de la víctima, dándole el mismo tratamiento que al infractor.

Esta deducción se alcanza a través del estudio comparativo de la mediación penal con otras figuras, su origen, sus características y fines, su relación con el *ius puniendi* del Estado, y el, hasta ahora, escaso marco jurídico en el que se viene desarrollando.

4º.-Se centra en determinar las posibilidades efectivas de implementación que tiene la mediación penal en España, teniendo en cuenta su idiosincrasia, y de ser acogida con éxito por la legislación nacional española, cuestiones muy controvertidas en la doctrina.

Para ello, se observa la aceptación de este método por parte de instituciones jurídicas de peso, como el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía y se hace un recorrido por las distintas Comunidades autónomas que la han puesto en práctica, con un estudio pormenorizado de los programas experimentales de mediación penal intrajudicial desarrollados, en su mayor parte, en los juzgados de todo el territorio español.

Posteriormente, se analizan las posibilidades de acogimiento de la mediación penal en la legislación española actual y las posibles puertas de entrada de que podría disponer para su aplicación inmediata, sin necesidad de reformas procesales profundas.

Por sus especiales características y su discutida problemática, se hace mención a la aplicación de la mediación penal en los delitos de violencia de género y doméstica.

Por último, por la importancia y trascendencia que posee para la víctima, se estudia la reparación del daño con relación a los fines de la pena y su tratamiento como atenuante en el Código Penal español, al considerarse la principal vía de entrada de la mediación penal con la legislación actual.

5º.-Para terminar, se aborda la cuestión sobre la cobertura de los derechos y garantías penales de la víctima en la Mediación Penal. Se analiza el comportamiento de este instrumento de justicia restaurativa en el tratamiento de la víctima a través de los principios que la rigen. Se relacionan las herramientas con las que cuenta la mediación penal para garantizar los derechos de las víctimas, se fija cómo queda protegida la víctima y cuál es el trato que le dispensa. Se hace un breve repaso del trato que confiere a los derechos básicos del infractor.

Tras enumerar las ventajas que supone este método, se previene, finalmente, de los riesgos que conlleva.

Se acaba haciendo alusión a cómo viven las víctimas su experiencia en mediación penal.

Una apreciación antes de concluir. Para algunos, puede que estemos ante una utopía, pero como dice Ruiz Vadillo, “gracias a las utopías el mundo avanza, la utopía es bella cuando como en este caso pretende fortalecer la dignidad de la persona humana y ,en ocasiones, arranca pedazos de lo que podemos denominar realidad rechazable y se incorpora a lo que son ya estructuras efectivas de nuestra sociedad”⁴.

Donde sí creo que estamos, si aceptamos la Justicia Restaurativa como forma de “hacer” Justicia, nos educamos en sus principios y valores, adoptando su filosofía, y usamos sus herramientas y, en concreto, la mediación penal, es al principio del camino hacia el “Derecho Penal del futuro” que nos muestra Morillas Cueva⁵: “un Derecho donde se emplearán, para determinados delitos, alternativas basadas, más que en lo coercitivo, en la libre voluntad del propio delincuente, se profundizará en los sustitutivos penales con opciones beneficiosas para el individuo que ha delinquido y para la propia sociedad. Un Derecho donde la lucha contra el crimen comienza con la economía, la cultura o la

⁴ Cfr. RUIZ VADILLO, Enrique, “*La Mediación Penal*”. Revista Eguzkilore. Número Extraordinario 13. San Sebastián Marzo 1999, pág. 312.

⁵ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “*Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro*” en *Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo Sr. D. Luis Portero García*. Publicaciones Universidad de Granada 2001. También en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-06.2002, disponible en criminetugr.es/recpc

educación; en donde el penalista, el magistrado y el criminólogo se preocupan de las sanciones menos que actualmente, y donde se ocuparán más de formular regulaciones de conflictos, regulaciones poco desvalorizantes, poco estigmatizantes de la persona pero que tiendan fundamentalmente a reestructurar la sociedad, a disminuir las exageradas desigualdades económicas, las irritantes injusticias sociales, los abusos políticos, más que a reeducar o reinsertar al delincuente”. En definitiva, un “Derecho Penal del futuro” equivalente a un “Derecho para la igualdad y para la libertad”.

II. LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL.

1. BREVE REFERENCIA A SU EVOLUCIÓN.

A lo largo de la historia, el tratamiento que el Derecho ha otorgado a la víctima ha ido variando de forma notable, destacando épocas en las que ha tenido una gran intervención en el proceso frente a otras, a las que ha ido evolucionando de forma paulatina, en las que se le ha ignorado por completo⁶.

Fue en el Derecho Romano primitivo cuando la víctima disfrutó de su mayor esplendor en el sentido de que disponía de gran poder de decisión respecto al castigo del delito hasta el punto de que no se requería ni tan siquiera que hubiera proporción entre el castigo y la lesión sufrida, quedando al arbitrio de la víctima, o de su familia, la imposición del que estimara oportuno⁷.

En el Derecho Germánico surgió una nueva forma de castigo: “*la compositio*”, que consistía en el pago por el culpable de una cantidad al lesionado como contraprestación

⁶ Para un estudio más detallado de la evolución histórica de la víctima, consultar, entre otros, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996.

⁷ Es lo que se ha dado en llamar “la edad de oro” de la víctima, término que fue acuñado por SCHAFER, Stephen, en *The victim and his criminal: a study in functional responsibility*, Random house, New York, 1968, y que es aceptado prácticamente de forma unánime por la doctrina; a este término hacen referencia autores como ROIG TORRES, Margarita, en “*Algunos apuntes sobre la Evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito*”, pág. 160. Revista Ciencias Penales nº 22, págs 154-308, disponible en www.cienciaspenales.net; GARCÍA PALERMO, Pablo, en *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág.103; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, en “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español*”, pág. 220. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), nº 57.VOL. LVII, 2004. Pág 219-310; HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág.23; IÑIGUEZ ORTEGA M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Pág.17. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003. Disponible en <http://hdl.handle.net/10045/3618>.

por el desistimiento de la venganza. Con la expansión y desarrollo del Derecho Germánico van disminuyendo, de forma progresiva, las plenas facultades de la víctima.

La frecuente desproporción de la reacción de la víctima imponiendo un castigo excesivamente elevado producía numerosos conflictos sociales, haciendo necesaria la intervención de la comunidad para buscar proporcionalidad entre la ofensa y el castigo⁸.

De esta forma, se fue restringiendo la potestad atribuida a la víctima, imponiéndose de forma progresiva el poder público en el ámbito del castigo hasta que, en general, a finales de la Edad Media irrumpe el “*ius puniendi*” estatal y la atribución al Estado del monopolio de la sanción⁹.

En la concepción clásica del Derecho penal -cuando se deja atrás el protagonismo de la víctima y la “venganza privada”- se produce la asunción por el Estado de la titularidad de la persecución y castigo de quien transgrede la norma. Como consecuencia de ello, la víctima fue despojada definitivamente del derecho a ejercer justicia por su propia mano y pasa a ser mero “sujeto pasivo” de la infracción, un mero elemento de la infracción punible¹⁰, al centrarse el Derecho en la figura del autor del delito y la reacción que merece; el Estado tiene el monopolio y el delito se concibe, ante todo, como un acto contra la sociedad y el Ordenamiento Jurídico.

Se establece así una relación bilateral¹¹ entre el infractor y el poder punitivo del Estado, que es el que posee el monopolio del *ius puniendi* para responder a los ataques más intolerables contra los bienes jurídicos esenciales de la comunidad, quedando la víctima excluida de su propio conflicto. Es en ese momento cuando el Derecho penal se asienta en lo que se ha dado en llamar “neutralización de la víctima”.

⁸ Como límites al poder victimal y la venganza privada, surgen dos medidas que en algunas legislaciones se aplicaban de forma subsidiaria: la Ley del Talión –que, en contra de su apariencia, vino a constituir un instrumento jurídico a favor del infractor, limitando el poder de venganza de la víctima y adecuándolo a la entidad de la ofensa- y la compensación económica. Ambas figuras tratan de exigir proporcionalidad entre el castigo, o venganza, y la ofensa recibida.

⁹ Landrove Díaz se refiere a este periodo diciendo: “*A partir del momento en que el Estado monopoliza la reacción penal, es decir, desde que prohíbe a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses, el papel de las víctimas se va difuminando hasta desaparecer*”. Cfr. LANDROVE DIAZ, G. *Victimología*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1990, pág.23.

¹⁰ En palabras de Boderó : “*El paso de la venganza privada a la venganza pública significó el fin del protagonismo de la víctima y el inicio de su milenario olvido*”. Cfr. BODERO C. Edmundo Rene, “*Introducción a la Victimología*”, pág 8, disponible en www.redsafeworld.net y www.cienciaspenales.net. Esta etapa es la que Zaffaroni, al que Boderó hace referencia, denomina “*La confiscación de la víctima*”.

¹¹ De esta relación bilateral se hace eco la Ley de Enjuiciamiento Criminal de año 1882, que en su Exposición de Motivos señala que “*Existen siempre dos intereses contrapuestos: el de la sociedad, que tiene derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse*”. Así, la víctima es ignorada por el proceso penal, que obvia que el delito atenta en primer lugar y de forma directa a las personas individuales y a los grupos sociales.

En este contexto, la situación de la víctima queda perfectamente definida en palabras de Nils Christie cuando dice: “*la víctima es un perdedor por partida doble, frente al agresor y frente al Estado, porque resulta excluida de cualquier participación en su propio conflicto*”¹².

Frente a esta situación comienzan a aparecer los movimientos defensores de los derechos de las víctimas, que provocaron, ya después de la Segunda Guerra Mundial, el nacimiento de una nueva disciplina, surgida de la Criminología: la Victimología¹³.

En el nacimiento y evolución de la Victimología tuvieron, pues, una importante intervención los movimientos sociales en defensa de la víctima: los grupos de liberación feminista, minorías raciales, colectivos de inmigrantes, defensores de menores, etc¹⁴.

Como disciplina, existe una gran polémica doctrinal en torno a la cuestión de si fue B. Mendelsohn o Hans Von Hentig, el padre de la Victimología.

¹² CHRISTIE, N., en su tesis *Conflict as property*. The British Journal of Criminology Vol. 17 (1977) 1. En los mismos términos se pronunciaba HULSMAN LOUK en “*Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*”, Ariel, 1984 : “*El sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él. Desde que un problema cae dentro del aparato de la Justicia, deja de pertenecer a los que han sido sus protagonistas, los cuáles llevarán desde ahora y para siempre las categorías de delincuente y víctima*”. Citados ambos por FÁBREGA C. y SAEZ R. en “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal VVAA* (coordinado por SÁEZ, Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 56. A ambos autores, Christie y Hulsman, pensadores de la corriente abolicionista, debe la Criminología, el reconocimiento de la exclusión de las víctimas del proceso penal, de su neutralización radical.

¹³ Para un estudio más extenso sobre la Victimología, consultar, entre otros, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, LANDROVE DIAZ, G. *La moderna Victimología*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1998, RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la Víctima*. Ed. Porrúa. México 2010 y el más reciente, MORILLAS FERNÁNDEZ L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dyckinson . Madrid 2011.

¹⁴ Así lo pone de manifiesto HERRERA MORENO, M., en *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 118-128.

Así, mientras unos autores defienden a Von Hentig como el auténtico precursor¹⁵, otro sector considera como tal a Mendelsohn¹⁶. No obstante, un gran sector de la doctrina se refiere a ambos como los pioneros de la Victimología¹⁷.

Polémicas aparte, ha de concluirse que ambos autores, de una forma u otra, tuvieron un importante y trascendental papel tanto en el origen como en el desarrollo de la Victimología; no siempre puede determinarse con precisión la paternidad de una disciplina o ciencia¹⁸.

Bodero C. resume muy bien lo que supuso para el avance de los derechos de las víctimas la intervención de ambos autores diciendo: “*Los pioneros de la Victimología: Beniamin Mendelsohn y Hans Von Hentig, se alzaron en armas contra la imagen pasiva y estática de la víctima del delito. Mediante las tipologías victimales construyeron una*

¹⁵ En esta posición, destaca Herrera Moreno, para quien resulta indiscutible la primacía de Von Hentig, que fue el primero que habló de víctima dándole una dimensión trascendente, frente a Mendelsohn a quien le atribuye, no obstante, un importante papel en la consolidación y afirmación de la Victimología, siendo el primero que se preocupó por los derechos victimales. Op.cit. HERRERA MORENO, M., en *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 95 a 104. También, Ferreiro Baamante comparte esta opinión señalando la obra de Hentig “El criminal y su víctima” como el primer tratado de orientación realmente victimológica, considerándola como un hito en la Victimología. Vid. FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005; y Landrove Díaz cita “El Criminal y su víctima” de Von Hentig como el punto de partida de los estudios científicos sobre la víctima del delito. Vid. LANDROVE DIAZ, Gerardo, “Las víctimas ante el derecho español”, págs. 172-173 en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, nº 21. Págs.169-207. Disponible en [www. cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net). Iñiguez Ortega comparte la opinión de Landrove. Vid. IÑIGUEZ ORTEGA, Mª Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales....*, ob.cit. pág 36.

¹⁶ Para Rodríguez Manzanera, Mendelsohn puede ser considerado el creador de la Victimología al llevar a cabo el primer estudio sistematizado de las víctimas, y Hentig ampliará sus conceptos. Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la Víctima*. Ed. Porrúa. México 2002. En esta misma línea, Lorenzo Morillas, Patró y Aguilar Cárceles, quienes, si bien consideran la obra de Hentig, publicada en 1948, “El criminal y su víctima”, como el primer referente victimológico, atribuyen a Mendelsohn la paternidad de la Victimología, y también del uso del término, frente a Wertham. Op.cit. MORILLAS FERNÁNDEZ L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M., y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson. Madrid 2011, pág.9-10. Iñiguez Ortega sostiene también que fue Mendelsohn el creador del término “Victimología”, op.cit. pág 36, IÑIGUEZ ORTEGA, Mª Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales....*, ob.cit. En este mismo sentido, Vid. BODERO C. Edmundo Rene, “*Introducción a la Victimología*”, ...ob.cit. pág.9.

¹⁷ Vid. BODERO C. Edmundo Rene, “*Introducción a la Victimología*”...., ob.cit. pág.9.

¹⁸ Esta es otra de las cuestiones discutidas por la doctrina en torno a la Victimología ¿es una ciencia o una disciplina científica?. Una clara exposición de esta discusión y las distintas posiciones doctrinales la encontramos en MORILLAS FERNÁNDEZ L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M., y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson. Madrid 2011, pág. 18 y sig. Entre los autores que rechazan la Victimología como ciencia autónoma e independiente de la Criminología cabe citar a Morillas, Patró y Aguilar, tal como se decantan en la referida obra, Sainz Cantero J.A, que la considera una rama de ésta, Vid. SAINZ CANTERO. J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Edit. Bosch. Barcelona, 1990, pág. 82, y Tamarit Sumalla que tampoco comparte la opinión de que tenga la condición de ciencia autónoma, Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M. *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima* . Edit. Aranzadi. Pamplona 1998, pág.17. También se expone esta cuestión por Rodríguez Manzanera, en RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la Víctima*,.....ob.cit. pág. 26 y sig. Este autor adopta una posición intermedia y concluye que la Victimología es una ciencia autónoma y también pertenece a la Criminología, distinguiendo entre Victimología General, que conserva la autonomía científica, y la Victimología Criminológica, op.cit. pág. 37 y sig.

*imagen más realista y dinámica de la víctima a la que convirtieron en un personaje activo, capaz de influir en la gestación del hecho delictivo*¹⁹.

La Victimología tiende, fundamentalmente, a dar protección a la víctima mediante la asistencia post-victimización, la promoción de los derechos victimales dentro y fuera del proceso y la agilización de soluciones resarcitorias. En definitiva, y reproduciendo a Marina Sanz-Diez,: *“Como consecuencia del impulso de la Victimología se está produciendo un movimiento de redescubrimiento de la víctima”*²⁰.

Es evidente que todo el sistema penal se edificó en torno a la idea de castigar al culpable, olvidando absolutamente la protección de los intereses y derechos de la víctima la cual queda relegada a un papel marginal, contemplándose como mero objeto y no como sujeto de derechos, y ello a pesar de que, en realidad, es uno de los sujetos básicos en el proceso penal, y su colaboración y presencia activa son imprescindibles para una correcta respuesta al delito.

Ha de recordarse que la calidad de un sistema penal se mide tanto por su capacidad disuasoria como por el grado real de satisfacción de las diversas expectativas que el delito, como problema social, genera. Las actitudes de la víctima hacia el sistema legal, y la respuesta de éste a las expectativas de la víctima son, por tanto, indicadores muy significativos de la eficacia y calidad de un sistema legal.

El Derecho Penal actual, democrático, incurso en un Estado de Derecho, no debe ignorar los derechos de la víctima y está obligado a paliar los perjuicios que padece, no solo los provenientes directamente del delito²¹ -victimización primaria- sino también los ocasionados por la investigación y el posterior proceso -victimización secundaria-²². Y es, precisamente, de la existencia de esta victimización secundaria de la que nace, más aún, la imperiosa necesidad tanto de regular definitivamente un estatuto de la víctima que recoja de forma unitaria y específica los derechos y garantías de las víctimas en el ordenamiento jurídico, como de que se creen los organismos y servicios adecuados para darle protección

¹⁹ Cfr. BODERO C. Edmundo Rene, *“Introducción a la Victimología”*...ob.cit. pág.18.

²⁰ Cfr. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, en *“La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español”*, págs. 225-226. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), nº 57.VOL. LVII, 2004. Págs. 219-310.

²¹ En este mismo sentido se pronuncia también García Pablos de Molina para quien el abandono de la víctima resulta especialmente irreconciliable con los postulados solidarios del Estado social de derecho. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *“Momento actual de la reflexión criminológica”* en *Estudios de Criminología II*. VVAA.(ARROYO Luis, MONTAÑÉS Juan, RECHES Cristina Coords.). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 52).Cuenca 1999, págs. 17-31. Op. cit. pág 22.

²² Se entiende por victimización primaria la generada por la acción misma del victimario sobre su víctima; y por victimización secundaria, la provocada por el contacto con las instituciones del sistema de la Justicia penal.

tanto fuera como dentro del proceso. Por este motivo, la victimización secundaria y todas estas cuestiones serán tratadas más adelante, en el epígrafe relativo a la protección de los derechos y garantías penales de las víctimas, por ser el reconocimiento legal y efectivo de éstos la principal forma de evitar la referida victimización secundaria.

En esta línea, y tras numerosas investigaciones criminológicas que han puesto de relieve que la víctima se siente maltratada por el sistema legal –injustamente tratada-, se han producido en el Derecho Internacional²³ y en el derecho europeo en los últimos años importantes estudios para elaborar la posición de la víctima y su estatuto jurídico, y ya hoy cabe sostener que existe un estatuto jurídico de la víctima -del que nos ocuparemos más adelante- que reconoce y declara un amplio catálogo de derechos, que implican obligaciones para el Estado, y que, en definitiva, suponen un resurgimiento de la víctima.

Resumiendo, pues, respecto a la evolución del tratamiento de la víctima en el Derecho Penal puede constatarse, como ha expresado claramente García Pablos, que “*protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podría reflejar el status de la víctima a lo largo de la historia*”²⁴.

2. CONCEPTO DE VÍCTIMA.

Ni la doctrina ni la normativa penal resultan unánimes en qué ha de entenderse por víctima, de forma que existe confusión sobre su concepto y numerosas definiciones según la rama del Derecho de la que provenga.

Etimológicamente, el término “víctima” proviene del latín y significa “*persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio*”. Esta acepción, lógicamente, ha ido evolucionando con el tiempo.

El Diccionario esencial de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española²⁵ asume el anterior significado de víctima y añade tres acepciones más: “*2. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. 3. Persona que muere*

²³ Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles mantienen que el interés internacional por la figura de la víctima deviene desde la Declaración de las Naciones Unidas de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder. *Vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M., y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson. Madrid 2011.

²⁴ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, Tirant lo blanch. Valencia, 1996, p. 38.

²⁵ Real Academia Española, *Diccionario esencial de la Lengua Española*. Espasa Calpe. Madrid 2006. También hace referencia al concepto de víctima el *Diccionario Panhispánico de Dudas*, publicado por la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española. Edit. Santillana. Madrid 2006, entendiéndose por tal “*Además de persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio, persona que padece daño o ha muerto por una causa ajena o fortuita*”.

por culpa ajena o por accidente fortuito.⁴ En Derecho, persona que padece las consecuencias dañosas de un delito”. Se trata de unas definiciones expresadas en términos excesivamente generales e incompletos; son amplias en cuanto a la acción: hace referencia al daño provocado tanto por acciones antisociales como por ilícitos penales, y con relación a la persona la identifica con sujeto pasivo y perjudicado por la acción.

En la dogmática jurídico-penal, la víctima es únicamente el sujeto pasivo del delito, es decir, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en objetivo peligro. En este sentido se pronuncia De La Cuesta para quien la víctima es el sujeto individual o colectivo “*titular del bien jurídico (vida, integridad, honor, propiedad, salud pública, orden público...) que a través de la prohibición penal se intenta salvaguardar y proteger, sujeto en ocasiones genérico pero que habitualmente coincide con el llamado sujeto pasivo de la acción, víctima directa, en su propia carne, del actuar delictivo*”²⁶.

Hay autores que se decantan por un concepto amplio de víctima, que comprende, además del sujeto pasivo *stricto sensu*, a todos aquellos que resultan afectados o perjudicados por la infracción (la víctima en su doble vertiente: sujeto pasivo y perjudicado).

Se distingue, así, al sujeto pasivo de los perjudicados por el delito, entendiendo por tales a aquellos sujetos que se ven directamente afectados por el delito aunque no son titulares del bien jurídico agredido; el perjudicado sería la persona física o jurídica que a consecuencia de la comisión de un delito sufre un daño, mientras que el sujeto pasivo será el titular del bien jurídico protegido o puesto en peligro. Ambas figuras pueden o no coincidir en una misma persona.

Ferreiro Baamonde adopta un concepto amplio de víctima, el cual se extiende más allá del ámbito de la titularidad de los bienes jurídicos lesionados, abarcando a cualquier persona “*natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos*”²⁷.

²⁶ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “*La reparación de la víctima en el Derecho Penal Español*”, en *Las víctimas del delito*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BERISTAIN, A. Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, p. 139.

²⁷ Cfr. FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, p. 125.

Rodríguez Manzanera²⁸, la define como aquel individuo o grupo que padece un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita; o bien, aquella persona física o moral que sufre un daño producido por una conducta antisocial propia o ajena aunque no sea el detentador del derecho vulnerado.

Por su parte, García Palermo²⁹, si bien pone de manifiesto que hace falta, en la ciencia penal española, una definición precisa del concepto de víctima, se refiere a la víctima penal en sentido restringido, esto es, como el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, como el sujeto ofendido, al que también denomina víctima directa.

Sin embargo, G. Palermo admite la necesidad de distintas acepciones de víctima según el ámbito en el que aquélla se desenvuelva. Así, señala que a efectos de la responsabilidad civil *ex delicto*, debe aceptarse un concepto amplio de víctima, incluyendo a todo aquel que se haya visto directa o indirectamente perjudicado por el daño que el delito ha causado, esto es: como el perjudicado por el delito; mientras a efectos de reparación penal, como un equivalente funcional de la pena que permita resolver el conflicto jurídico y el conflicto social, víctima solo puede ser aquella que ha sido ofendida por el delito, quien ha sufrido directamente la conducta delictiva o que es la titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles³⁰ abogan por la libertad conceptual en el sentido de que en lugar de limitar el concepto de víctima a una previa y sola definición, habría de definirse en cada caso concreto dependiendo de la rama jurídica o social en la que haya de desenvolverse, de forma que sea la propia investigación que se inicie la que delimite el sentido victimal, y señalan que “*Ahí es precisamente donde radica la esencia del concepto victimal, en la destreza que debe manifestar el investigador para optar por una u otra conceptualización según la finalidad perseguida y los objetivos marcados por la investigación*”.

No obstante, resumen en tres las acepciones de “víctima” más utilizadas en la práctica:

-Victimológica general: Individuo o grupo de personas que padece un daño por una acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita.

²⁸ Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la Víctima*. Ed. Porrúa. México 2002.

²⁹ Vid. GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

³⁰ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson. Madrid 2011, págs. 101-104.

-Victimológica criminal: Individuo o grupo de personas que padece un daño producido por una conducta antisocial, propia o ajena, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado.

-Jurídico-penal: Sujeto pasivo del delito.

La Sociedad Española de Victimología, creada en el año 2004, acoge un concepto estricto de víctima y otro en sentido amplio al exponer en el art. 6 de sus Estatutos que “*Se entiende principalmente por víctima, a los efectos de la delimitación de las actividades de la Sociedad, toda persona que haya sufrido personalmente, de manera directa o indirecta, las consecuencias de un hecho delictivo, haya sido declarada formalmente o no como tal la existencia del mismo por parte de un órgano jurisdiccional. En un sentido más extenso también son consideradas víctimas las personas que hayan sufrido los efectos de la guerra, el enfrentamiento armado o la catástrofe natural*”.

Esta definición resulta llamativa por cuanto extiende el concepto de víctima a las personas que sufran a consecuencia de catástrofes naturales, guerras y conflictos armados.

Desde un punto de vista jurídico hay que excluir directamente a las víctimas de catástrofes o accidentes.

El concepto de víctima aparece vinculado al delito y en contraposición al autor del hecho. La víctima solo puede existir a partir del victimario, del delincuente. En palabras de Ceballos Martín, “*para adquirir el rol de víctima ha de haber quien desempeñe el papel de delincuente, de criminal. Son una pareja que interactúan, que están estrechamente unidos, tanto en el acto en cuestión como posteriormente*”³¹.

Cabe hacer referencia al amplio concepto que ofrecía en la normativa internacional la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Define a la víctima esta norma en el art.1, diciendo: “*1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el*

³¹ Cfr. CEBALLOS MARTÍN, I., “*Presente y futuro de la Victimología*”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 75, 2001, pág. 615.

perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

Y en el art.18 define a las víctimas de abuso de poder: se entenderá por "víctimas" las personas citadas en los arts.1 y 2 que hayan sufrido los daños o menoscabos a que se hace referencia como consecuencia, esta vez, de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Para la ONU, la víctima puede ser individual o colectiva -incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales y grupos u organizaciones políticas-, directa o indirecta; el requisito imprescindible es que sufra un daño, eso sí, como resultado de una violación de la ley penal.

En contraposición a este amplio concepto, la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre *el estatuto de la víctima en el proceso penal*, daba una noción estricta del concepto de "víctima" identificándola con el ofendido y el perjudicado directo por la infracción. Conforme a esta norma la víctima es *"la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro"*.

Sin embargo, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, adoptada en fecha 18.5.2011, modificando a la citada Decisión Marco, recoge un concepto más amplio de víctima, acercándose de este modo al estimado por la Resolución 40/34. Así, en el Considerando 9 dispone que *"Una persona debe ser considerada víctima independientemente de que se haya identificado, arrestado, encausado o condenado al delincuente y con independencia de la relación familiar que exista entre el delincuente y la víctima. El delito también ocasiona perjuicios a los familiares de las víctimas y especialmente a la familia de los fallecidos, que tienen un interés legítimo en el proceso penal. Por consiguiente, las víctimas indirectas también deben acogerse a protección en el marco de la presente"*. Y, más concretamente, en el art. 2 define la víctima como *"la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente"*

causado por una infracción penal; y los familiares de una persona cuya muerte haya sido causada por una infracción penal”.

La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* acepta esta definición amplia de víctima³², que finalmente fue acogida por Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos³³, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011³⁴, tomando como referente normativo la citada Decisión Marco 2001/220/JAI de 15 de marzo de 2001, opta por dar un concepto de víctima a efectos procesales -al contrario que la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal que no la define y tampoco lo hace el Código Penal- en el que la víctima se identifica, conforme a la aludida disposición europea, con el ofendido y el perjudicado directo por la infracción. Así, el art.65 del Anteproyecto la define diciendo:

“1. Tendrá la consideración de víctima a los efectos de esta ley:

a) la persona física o jurídica ofendida por la infracción, y

b) la persona que haya sufrido un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles.

2. No tendrán la condición de perjudicados por el delito las compañías que hayan asegurado el importe de los daños personales o materiales causados ni los entes públicos o privados que deban asumir legal o contractualmente el coste de dichos daños.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho de repetición que pueda existir contra la persona que sea considerada responsable”³⁵.

³² La citada Resolución define el término “víctima” en el art. 2, según el cual lo es “*la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal*” y también “*los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona*”; entendiéndose por “familiares”: “*el cónyuge, la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas, y las personas a cargo de la víctima*”. Disponible en la página web:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0327+0+DOC+XML+V0//ES>.

³³ Publicada en fecha 14.11.2012 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

³⁴ Aprobado por el Consejo de Ministros en Julio de 2011.

³⁵ Señala en la Exposición de Motivos el citado Anteproyecto que la finalidad de la adopción de este restrictivo concepto de víctima es evitar que se desvirtúe el objeto del debate con la introducción de intereses o pretensiones reflejas, que en ocasiones pueden producir dilaciones o complicaciones en el proceso. Añade que no tiene sentido que estas cuestiones incidentales ligadas al hecho punible puedan dar lugar a la personación de los afectados como acusadores penales o actores civiles por lo que proscribió su personación

Por su parte, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013 acoge un concepto más amplio de víctima, acercándose al propuesto por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012. Entiende por tal “*todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después*” (art. 59).

Desde mi punto de vista, habría de distinguirse el concepto puramente penal de víctima frente al concepto procesal.

En el primer caso, la definición de víctima ha de contraerse a una noción restrictiva, entendiendo por tal al ofendido y perjudicado directamente por el delito como la define la Decisión Marco.

Sin embargo, en el concepto procesal ha de adoptarse una posición más amplia de víctima y, por tanto, más acorde con la dada por la Resolución 40/34, por cuanto han de tener derecho a intervenir en el proceso penal defendiendo su postura todo posible perjudicado o afectado (directo o indirecto, individual o colectivo), y responsable (ya lo sea civil o penal, directo o subsidiario), de una infracción penal. El infractor debe, en su caso, responder en un solo acto (o proceso) de todas las responsabilidades derivadas de la infracción cometida, sin necesidad de dividir la contienda, contraviniendo el principio de economía procesal y obligando a un perjudicado por la infracción a acudir a un proceso más lento y costoso.

La razón alegada en la Exposición de Motivos, esta es, evitar dilaciones y complicaciones en el proceso, no es suficiente para privar a perjudicados y responsables del derecho a defender su postura en el juicio penal, pudiendo aquello evitarse con tan solo una mayor celeridad y disposición de los agentes intervinientes y con la adopción de otras medidas procesales que eviten la referida dilación o complicación que tanto se produce en otras ocasiones por motivos menos garantistas.

En definitiva, no hay un concepto único de víctima, la acotación de uno u otro concepto dependerá en cada momento de la rama en la que se centre la investigación. Lo que sí considero que ha de tenerse siempre presente, es que la definición jurídica de víctima del delito debe ir enfocada hacia su protección y la reparación del daño y ha de ser contemplada de una forma dinámica puesto que las legislaciones y los intereses de las

en el proceso, reservando la acusación particular y la acción civil a los ofendidos y a los perjudicados directos para dinamizar el proceso (nº XX titulada “Estatuto de la víctima y régimen de la acusación particular”).

victimas cambian, y es necesario un proceso constante de adaptación del derecho positivo para incluir nuevas formas de victimización y de protección victimal.

III. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS.

1. LAS GARANTÍAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1.1. INTRODUCCIÓN.

Como ya ha quedado patente, es unánime la opinión de que la víctima no ha sido tenida en consideración hasta hace muy poco ni en el marco del Derecho penal sustantivo ni en el Derecho procesal penal. Zugaldía Espinar³⁶, entre otros, pone de manifiesto la marginación a que se ve sometida la víctima en el Derecho Penal para el que, señala, *“prima la preocupación por sus derechos y garantías, olvidando los de las víctimas, reducidas a un mero papel testifical y desamparadas ante las consecuencias del daño que les ocasiona el delito”*³⁷. La propia Ley 35/1995 de 11 de Diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual en su Exposición de Motivos reconoce que *“la víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal”*.

En el marco de la Victimología, se empezó a tomar conciencia -aunque tardía- de que el modelo convencional de Justicia penal, en su obsesión por el castigo del culpable, olvidaba a la víctima; ésta quedaba reducida a mera prueba de cargo en el proceso penal, quedando absolutamente ajena al desarrollo del mismo y sin que recibiera, con frecuencia, una respuesta penal satisfactoria al perjuicio que le fue causado con la infracción penal.

³⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *“La Ciencias Penales y el Derecho Penal Español”* en *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. VVAA (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, coord. MORENO-TORRES HERRERA, M^a Rosa). Tirant Lo Blanch., Valencia 2010, pág.74.

³⁷ Así también lo pone de manifiesto Landrove Díaz en LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 22 y sig.

Sin embargo, aún cuando se reconoce unánimemente por la doctrina el empuje que para el reconocimiento de los derechos de las víctimas supuso la Victimología, una de las principales críticas dirigidas contra ésta es la posibilidad de que la recuperación por la víctima de su protagonismo procesal redunde en un correlativo debilitamiento de las garantías que amparan al acusado³⁸. Ante ello, los victimólogos -defensores de un sistema más considerado con el interés real de la víctima- proponen una nueva concepción del procedimiento penal, basada en la conciliación reparadora entre víctima y victimario, que rechace los planteamientos que se basan en la contraposición de intereses irreconciliables entre ambas partes, e ignore esa actitud de enfrentamiento que supone la obtención de ventajas procesales de una de ellas a costa de la correspondiente privación de derechos o garantías para la otra³⁹.

Entre tanto, como ya se indicó, va surgiendo en el Derecho Internacional y en el Derecho Europeo numerosa normativa -que va trasladándose de forma a progresiva a las legislaciones de los distintos países- que viene a establecer la posición de la víctima y su estatuto jurídico⁴⁰, mediante el que se les reconoce y declara un amplio catálogo de derechos con la consiguiente obligación del Estado.

³⁸ En este sentido, *Vid.* PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Vol. I.* VVAA. (dirigido por ARROYO ZAPATERO, Luis, y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y coordinado por NIETO MARTÍN, Adan). Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca 2001. Pág. 443 y ss. Para Pérez Cepeda el actual movimiento victimológico, no puede contraponer los derechos del delincuente a los derechos de la víctima sino que deben limitarse a reclamar para la persona victimizada el protagonismo que ésta merece en la explicación del hecho criminal, en su prevención y en la respuesta al sistema penal. Entiende que debe ser así porque el Derecho Penal no está pensado para resolver el problema de la víctima sino que la responsabilidad penal es responsabilidad frente al Estado y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados. Sí estima, en cambio, que aunque el Derecho Penal esté orientado a la prevención, ello no significa que se deba abandonar a la víctima siempre que sea posible establecer una serie de programas o alternativas que, rodeados de las garantías necesarias, sean capaces de velar por el interés de las víctimas y, a la vez, de no lesionar los derechos del delincuente. Opinión que comparte con Landrove. *Vid.* G. LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, ob. cit., p.24.

³⁹ Para Maza Martín, “En todo caso, tal actitud lo que en el fondo revela es cierta concepción, según la cual, hasta ahora, en el Derecho procesal moderno, la «batalla de las garantías» tiene un claro vencedor: el acusado; y un vencido evidente: la víctima. Situación que se pretende superar mediante mecanismos que aporten un nuevo equilibrio entre ambos”. *Cfr.* MAZA MARTÍN, José Manuel, “Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito”. Cuadernos Derecho Judicial 1994. Vol. 29, pág. 157-222.

⁴⁰ Para ampliar el estudio sobre esta normativa, se puede consultar, entre otros, a GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel. *Código de los derechos de las víctimas. Compilación de disposiciones normativas de ámbito internacional, europeo, estatal y autonómico sobre protección de derechos de las víctimas*. Edit. Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2ª Edición. 2007. En esta obra se recoge la normativa sobre derechos de las víctimas y contiene también directorio de oficinas de atención a víctimas de delito en España; y VVAA *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (dir. DE HOYOS SANCHO, Montserrat). Tirant lo Blanch, Valencia 2013. Para un estudio más breve y esquematizado, *Vid.* ROIG TORRES, Margarita, “Algunos apuntes sobre la Evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”. *Revista Ciencias Penales*. Nº 22. Disponible en www.cienciaspenales.net.

Por otro lado, aparecen los servicios de atención a las víctimas que surgieron en los Estados Unidos y en Europa y comienzan a consolidarse a partir de los años 70⁴¹. Estos nacieron con el objetivo de velar por el respeto de los derechos humanos, y dar la protección y la asistencia necesarias e inmediatas a las víctimas de la delincuencia.

Los programas de asistencia, compensación y ayuda a las víctimas del delito que se han ido implantando fueron una de las prioridades perseguidas por el movimiento victimológico.

El Proyecto Alternativo de Reparación alemán de 1992⁴², encabezado por Claus Roxin, supuso un importante empuje al movimiento restaurativo y pacificador que concede mayor consideración y relevancia a la víctima.

No obstante, si bien la situación jurídica de la víctima ha ido mejorando en las últimas décadas, ha de señalarse que este avance, que abarca tanto los ámbitos procesal y penal como asistencial, es insuficiente y la víctima todavía es prácticamente ignorada por el sistema de Administración de Justicia⁴³, el cual no ofrece cauces para la satisfacción de las necesidades y expectativas de la víctima y además, en general, supone una experiencia negativa para ella, dando lugar a lo que se ha denominado “victimización secundaria”.

El reconocimiento legal de los derechos de las víctimas es necesario pero, como dice Martínez Solares⁴⁴, es fundamental la formación de recursos humanos especializados -capacitados y sensibles con las necesidades de las víctimas de los delitos- pues de lo contrario, cualquier reforma legal que se quiera elaborar para incrementar tales derechos llevará implícito su fracaso y se estará en situación de riesgo de crear instituciones que solo servirán para sobrevictimizar. Además, habrá de dotarse a la Administración de Justicia de todos los medios materiales y humanos necesarios, para que, con capacidad

⁴¹ Tal y como señala Landrove Díaz, los primeros programas de asistencia a víctimas surgieron en Nueva Zelanda (1963) e Inglaterra (1964), y posteriormente en algunos Estados norteamericanos; *Vid.* LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998, cit. pág. 57. La consolidación de los programas de asistencia en Europa se inicia en la década de los setenta: Austria (1972), Finlandia (1973), Francia (1977), Bélgica (1985), entre otros; *Vid.* Ob. cit. págs. 77 y 78.

⁴² Del “*Proyecto Alternativo sobre reparación penal*” Munich, 1992, elaborado por Roxin y otros penalistas de diversos países, principalmente Austria y Suiza, existe una traducción al español realizada por De la Gángara Vallejo en 1998.

⁴³ En palabras de García-Pablos de Molina “la persona de la víctima y sus legítimos intereses, han padecido y siguen padeciendo un llamativo y endémico olvido que raya en el desprecio” Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*Momento actual de la reflexión criminológica*”, pág 22 en *Estudios de Criminología II*. VVAA.(ARROYO Luis, MONTAÑÉS Juan, RECHES Cristina Coords.). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 52),Cuenca 1999, págs. 17-31.

⁴⁴*Vid.* MARTINEZ SOLARES, Verónica, “*Victimas y Justicia Penal*”, págs. 231 y 234, en *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia penal*. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y VARGAS CASILLAS, Leticia (coords.). IJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica n° 129, 1ª edición. 2003, págs 213-236, disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/65/pr/pr28.pdf. También publicado por la revista CODHEM (Comisión de Derechos Humanos del Estado de México). Enero-Febrero 2004, págs. 76-88.

económica suficiente, pueda llevar a la práctica todas las normas legales referentes al reconocimiento de derechos, protección y garantías de las víctimas en el proceso penal.

1.2. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

Tal como se señaló anteriormente, el ordenamiento jurídico de un Estado democrático, de Derecho, debe, además de paliar los efectos de la victimización primaria, evitar la existencia de victimización secundaria. Para ello, con carácter previo a la búsqueda de soluciones, resulta necesario que tanto la legislación como los agentes sociales y jurídicos intervinientes reconozcan su existencia así como que éstos sepan en qué consiste para poder detectar aquellas situaciones, leyes y actos que pueden producir esa victimización.

Siguiendo a Tardón Olmos, la victimización secundaria se puede definir más exactamente como *“aquella que comprende todos los daños y perjuicios materiales y morales que sufre la víctima por parte del propio sistema durante la sustanciación del proceso penal, derivados de la falta de una adecuada asistencia e información por parte del sistema de justicia penal, y que se añaden a la experiencia de haber sufrido un delito(victimización primaria)”*⁴⁵.

La existencia del proceso de victimización secundaria es un hecho unánimemente reconocido tanto a nivel doctrinal⁴⁶ como legal. A título de ejemplo baste citar alguna normativa internacional que hace expresamente referencia a este fenómeno, como:

-La Declaración de las Naciones Unidas de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, que señala que

⁴⁵ Cfr. TARDÓN OLMOS, María, *“El estatuto jurídico de la víctima”*, pág 11-12, Revista *Cuadernos de Pensamiento Político* nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24. Disponible en www.fundaciónfaes.org. Por su parte, Berinstain Ipiña la define como los sufrimientos que a las víctimas, testigos y a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etc. Vid. BERINSTAIN IPIÑA, Antonio, *“¿La sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?”*. Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, tomo XV, pág.195. Y en palabras de Delgado Martín lo es *“cualquier incremento innecesario del daño producido en la víctima de un delito o en distintas personas ligadas afectivamente, así como de los testigos, como consecuencia de sus relaciones con el sistema penal y que se traducen en la producción de daños de dimensión psicológica o patrimonial derivados de la falta de la adecuada asistencia e información por parte del sistema penal”*. Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín, *“El estatuto de la víctima en Derecho Penal español”* CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2004. Vol.58. pág 335-410.

⁴⁶ Para Bodero fue la Victimología la que *“hizo estremecer la carcomida estructura del sistema represivo al revelar la existencia de una victimización adicional a manos de la policía y la justicia”* Cfr. BODERO C. Edmundo Rene, *Introducción a la Victimología*, pág.18, disponible en www.redsafeworld.net y www.cienciaspenales.net.

las víctimas de criminalidad pueden ser sometidas, además, a “*desgracias suplementarias cuando ayudan a la persecución de los delincuentes*”.

-La Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴⁷ de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal. Esta Recomendación tenía el objetivo principal de luchar contra la victimización secundaria de la víctima, afirmando en sus Considerandos que “*los objetivos del sistema de justicia penal se expresan tradicionalmente y ante todo en términos de relación entre el Estado y el delincuente*” y que “*en consecuencia, el funcionamiento del sistema tiende a veces a incrementar y no a disminuir los problemas de la víctima*”.

-La Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de Septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización. Recomienda a los gobiernos adoptar una serie de medidas en orden a evitar la nueva victimización que padecen las víctimas y garantizar que tanto éstas, especialmente, las más vulnerables, como sus familias, reciban ayuda urgente y continuada.

-La Recomendación 8/2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 14 de Junio, sobre asistencia a las víctimas de delitos, que viene a sustituir a la anterior de 1987, prevé como tarea fundamental para cumplir por los Estados miembros la necesidad de prevenir la victimización secundaria.

-La Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal presentó un estatuto de la víctima, con el objetivo de mejorar su situación en el proceso penal, evitando la victimización secundaria, tal como expone en su Considerando 5: “*(5) Es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimación secundaria*”, y permitiendo, entre otros reconocimientos, que pueda recibir una indemnización por parte del autor del delito como consecuencia del procedimiento penal(art.9).

-El Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “*Libro Verde. Indemnización a las víctimas de delitos*”, de 27 de Mayo de 2002, que afirma que “*A partir del momento en que el Estado, en el siglo XVIII, asumió el papel de parte compareciente, tomando así el lugar de las víctimas de delitos en la resolución de la*

⁴⁷ Señalado como uno de los organismos que más se ha ocupado del reconocimiento del derecho a la asistencia a las víctimas de delito. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención*” (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Víctimas olvidadas*. VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág.173.

relación conflictiva con el delincuente, las personas, los ciudadanos, víctimas de delitos fueron paulatinamente perdiendo su voz propia, siendo ignoradas hasta quedar apartadas del proceso. Este papel del Estado, y el consiguiente apartamiento de las víctimas, ha perjudicado a éstas, produciéndoles sufrimientos, injusticias y perturbaciones en su vida social”.

-La Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01). (Diario Oficial de la Unión Europea 28-6-2011). Entre las medidas que señala para alcanzar aquel objetivo señala: “3) *Concebir procedimientos y estructuras adecuados encaminados a prevenir la victimización secundaria y repetida”.*

-La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Hace referencia expresa en numerosas ocasiones al término “victimización secundaria”⁴⁸.

En el ámbito de la legislación estatal española aparecen, igualmente, leyes que tratan de paliar la victimización secundaria y que serán objeto de estudio más adelante.

Sin embargo, a pesar de estos pequeños, aunque importantes, avances legislativos, la víctima sigue excluida de su propio conflicto, al margen del proceso penal, salvo los concretos y escasos momentos que le concede el proceso penal y que, en definitiva, como señala Ríos Martín⁴⁹, resultan limitados, estigmatizantes y escasamente reparadores.

⁴⁸ Así, por ejemplo, en el Considerando (9) señala que “*Se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada...*”. En el Considerando (17) hace especial mención a las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos para decir que “*requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia*”. También cita la victimización secundaria en Considerandos (52): “*Debe disponerse de medidas que protejan la seguridad y la dignidad de las víctimas y sus familiares de la victimización secundaria o reiterada...*”; (53): “*El riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias, por el infractor o como resultado de la participación en un proceso penal, debe limitarse llevando a cabo actuaciones de forma coordinada y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar confianza en las autoridades*”; (54): “*Proteger la intimidad de la víctima puede ser un medio importante de evitar la victimización secundaria o reiterada...*”; (55): “*Durante los procesos penales, algunas víctimas están especialmente expuestas al riesgo de victimización secundaria o reiterada...*”; (57): “*Las víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias*”; (58): “*Se deben ofrecer medidas adecuadas a las víctimas que hayan sido consideradas vulnerables a la victimización secundaria o reiterada*”; también en Considerando (63) y artículos 9,12,18,22 y 26

⁴⁹ Vid. RÍOS MARTÍN, Julian Carlos, “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*”. Disponible en: www.poderjudicial.es Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁰ española únicamente se le da entrada a la víctima como testigo para la acreditación de los hechos que puedan servir al Fiscal o a la acusación particular para demostrar la acusación que se sostiene contra el presunto autor o partícipe del delito, o bien, en virtud del art. 109 LECr, para mostrarse parte y/o interesar la reparación por el daño sufrido o la indemnización de perjuicios, y en la fase de ejecución se obvia totalmente su existencia⁵¹. No obstante, en los últimos años se vienen introduciendo reformas que tienden a reducir la victimización secundaria⁵², así aparece en el art. 13 que establece medidas destinadas a proteger a los ofendidos o perjudicados; en el artículo 544 bis que regula la adopción de medidas cautelares hacia el infractor destinadas a la protección de la víctima con relación a delitos del art.57 del Código Penal; y también con relación a estas víctimas de los delitos comprendidos en el art.57 del Código Penal se establece el derecho de comunicación de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, como los cambios en la situación personal del inculcado (art.109, último párrafo), en el art. 544 ter LECr se posibilita la adopción de medidas de protección en casos de violencia doméstica; y el art. 770 LECr establece el auxilio policial para la prestación de asistencia sanitaria a la víctima u ofendido que hayan resultado lesionados.

Por lo que respecta al tratamiento que el Código Penal dispensa a la víctima, resulta francamente pésimo; centrado en el delincuente, relega a la víctima a un rincón olvidado, sin prestarle apenas alguna escasa y desalentadora atención. Ello a pesar de que se han introducido algunas novedades que mejoran el trato en general dado a la víctima y se le tiene en mayor consideración⁵³.

⁵⁰ Para un estudio más exhaustivo de la víctima en las distintas fases del proceso penal consultar, entre otros, IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003. Disponible en <http://hdl.handle.net/10045/3618>.

⁵¹ Esta ausencia de la víctima en la fase de ejecución es criticada por la doctrina, que reclama la necesidad de garantizar y extender la protección a las víctimas de los delitos en la fase de ejecución de las penas impuestas en las sentencias condenatorias. Entre otros autores, op.cit. pág. 23. TARDÓN OLMOS, María, “*El estatuto jurídico de la víctima*”. Revista *Cuadernos de Pensamiento Político* n° 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24. Disponible en www.fundaciónfaes.org.

⁵² A título de ejemplo: LO 14/1999, de 9 de Junio, que modifica el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr introduciendo medidas cautelares que permiten el distanciamiento físico entre agresor y víctima, reconoce el deber de comunicación a las víctimas de estos delitos, etc; la Ley 38/2002 de 24 de Octubre que regula los Juicios Rápidos y modifica el procedimiento Abreviado; la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de víctimas de violencia doméstica, Ley 13/2009, de 3 de noviembre, etc.

⁵³ Novedades referidas especialmente a dar mayor trascendencia jurídico-penal a los actos de reparación del daño. Estas novedades, sostiene Silva Sánchez, coinciden con una intensificación de la influencia de los modelos teóricos que proponen la reorientación del Derecho penal a la satisfacción de la víctima. SILVA SÁNCHEZ, Jesús: “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*”, Revista del Poder Judicial n° 45, Primer Trimestre 1997, págs 183 y ss

La situación de la víctima en el ámbito jurídico-penal puede resumirse con palabras de Landrove Diaz⁵⁴ diciendo que, “a pesar de que el legislador muestra cierta preocupación por la víctima en el Código Penal, también se muestra unas veces comprensivo, otras en exceso egoísta y que en algún caso parece estar “tomando el pelo” a la víctima del hecho delictivo”⁵⁵.

A consecuencia de esta regulación y su aplicación, claramente deficitarias, el proceso penal incrementa constante e invariablemente el trauma producido por la victimización primaria⁵⁶. Las víctimas del delito, tras las penosas consecuencias de éste, padecen, seguidamente, las molestias y el sufrimiento derivados de la victimización secundaria, además de la ineficacia del sistema judicial, como medio para obtener la debida y esperada reparación de los daños ocasionados por el delito.

Este trato produce en las víctimas insatisfacción tanto a nivel personal como social, provocando en ellas sentimientos de frustración, de abandono, de incompreensión y desamparo. De esta forma, el desarrollo del proceso -en el que la víctima se ve relegada a un segundo plano, limitada, la mayoría de las veces, a ser mero testigo de su propio daño en un proceso burocrático y garantista de los derechos del agresor frente a las necesidades y derechos de las víctimas- agrava la situación de la víctima.

La victimización secundaria se materializa en una serie de actos y/o situaciones cuyas consecuencias perjudiciales va padeciendo la víctima desde que interpone la denuncia hasta que finaliza el proceso penal, incluyendo la ejecución, en su caso, de la sentencia que recaiga, a saber:

-La víctima del delito, si quiere que se persiga la infracción de que ha sido objeto, se ve obligada a trasladarse a las dependencias policiales para presentar la oportuna denuncia, soportando con ello las molestias, el tiempo de espera en la cola para ser atendida, la insatisfacción, la sensación de abandono y desinterés por ella, etc.

En otros casos, la víctima habrá de acudir, a su costa, a un letrado, procurador, peritos etc, por lo que económicamente le resultará más gravoso.

⁵⁴LANDROVE DÍAZ, en *La moderna...*, ob. cit., págs. 163-181, analiza cada uno de los preceptos del Código penal en los que se hace referencia a la víctima distinguiendo varios grupos: incentivos para el delincuente orientados a la protección de sus víctimas, especial vulnerabilidad de las víctimas, el comportamiento de la víctima en la fase previa al hecho criminal, el comportamiento de la víctima en la fase ejecutiva, la víctima en la fase postdelictiva.

⁵⁵ Cfr. LANDROVE DIAZ, Gerardo “*Las víctimas ante el derecho español*”, pág.176-177. Revista *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 21, pág. 169-207. www.cienciaspenales.net.

⁵⁶ La víctima de un delito percibe el mundo como injusto y peligroso, sufre una pérdida de confianza ante su entorno, provocándole sentimientos de desamparo e inseguridad.

-Posteriormente, la víctima comenzará un itinerario por los juzgados y tribunales con sucesivas citaciones, desde el comienzo de la instrucción hasta el acto del juicio, soportando en este periodo largas esperas en locales inadecuados, la proximidad con los propios acusados o sus familiares, suspensiones de la celebración del juicio con las consiguientes reiteradas convocatorias, falta de información, gastos de desplazamientos a la sede del Juzgado, días de ausencia en su trabajo, etc. En el acto del Juicio Oral, tendrá que volver a declarar en presencia también del acusado y en audiencia pública, circunstancia que puede resultarle muy desagradable, máxime cuando declara en calidad de testigo-víctima y es sometida a un duro interrogado por parte de la defensa, momento en el que la víctima comprueba, una vez más, la diferencia de trato -en su contra- respecto al agresor por cuanto ella está obligada a declarar la verdad, y así es compelida a hacerlo por el Juzgador, mientras el acusado puede no declarar o mentir impunemente tantas veces como quiera a pesar del daño que con ello ocasione -tanto moral como económico y tanto a la víctima como a la sociedad en general y al sistema judicial en particular-.

-Una vez finalizado el Juicio Oral, la víctima puede encontrarse con una sentencia absolutoria y si es de condena, con una alta probabilidad de que no vea satisfecha nunca la reparación de sus perjuicios económicos por la situación de insolvencia del condenado quien, en muchos casos, tampoco cumplirá la condena.

Generalmente, desde el momento en el que la víctima sufrió el delito hasta que finaliza el proceso penal habrá transcurrido un tiempo considerable durante el que aquélla ha visto incrementados sus sentimientos de frustración, de abandono, de incompreensión y desamparo.

Así, llegado el final del proceso penal, la víctima percibe, salvo excepciones, el proceso como una injusticia que el sistema comete con ella, reafirmando, en consecuencia, sus sentimientos negativos y su rechazo al sistema judicial y a la sociedad en general, al no encontrar el apoyo esperado.

Sin embargo, como sostiene Tamarit Sumalla⁵⁷, muchos de los costes que el sistema jurídico penal tiene para las víctimas son evitables y, por ello, considera que la investigación y la praxis Victimológica -a los que se habrían de añadir, desde mi punto de vista, otros agentes como el legislador y los organismos públicos implicados- deben

⁵⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a. Ponencia 3. “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*” en Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid. Disponible en www.falternativas.org, seminarios y jornadas nº 50/2008, ISBN 978-84-92424-20-7.

encontrar mecanismos para que el sistema dirija a las víctimas mensajes que eviten o al menos compensen los mensajes negativos antes comentados⁵⁸.

Y en esta función, considera, con razón, Maza Martín⁵⁹ que es fundamental el papel de los jueces y tribunales de justicia, para que, salvaguardando los principios y garantías básicos del enjuiciamiento penal, alivien los padecimientos de las víctimas con motivo de su tránsito por el procedimiento. A tal efecto, enumera algunas normas de actuaciones que los jueces y tribunales podrían observar, tales como:

-La facilitación del máximo de información a las víctimas de sus derechos (ofrecimiento de acciones, etc.), incluyendo la notificación de cuantas resoluciones pudieren afectarles, incluso en ausencia de personación.

-El favorecimiento de las sentencias de conformidad, en lo que las mismas pudieran suponer de moderación en la solicitud de penas, en consideración a los efectos reparadores de los perjuicios causados. En este aspecto, desde mi punto de vista, el legislador debiera modificar la regulación de los Juicios de Conformidad en lo relativo a su ejecución en el sentido de que si el condenado con conformidad no llevare a efecto de forma voluntaria y en plazo razonable el cumplimiento de la responsabilidad civil y, en su caso, la satisfacción a la víctima a que viniere obligado en sentencia, habría de revocársele el beneficio de la reducción del tercio de la pena solicitada, de forma que cumpliera, de forma efectiva, el total de la pena que se le hubiere impuesto si no hubiere habido conformidad.

-Dar pleno contenido a las facultades legalmente atribuidas al juez en relación a la protección de los intereses de los perjudicados (por ej. arts. 13 y 589 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

-Velar por las garantías de los derechos de las víctimas, a veces no claramente protegidas en la norma positiva, en los denominados juicios rápidos.

-Preocupación por una adecuada ubicación de las víctimas citadas como testigos (salas de espera, por ejemplo), aisladas de posibles contactos con acusados, familiares de éstos, etc.

⁵⁸ En este sentido, sostiene Tamarit Sumalla que en muchas ocasiones la minimización de la victimización secundaria depende del papel que desempeñan los diversos actores del sistema: la forma de comunicarse con la víctima, el modo en que se le ofrece información sobre sus derechos (que puede verse como una pura diligencia burocratizada o como una oportunidad para contribuir al reequilibrio psíquico de la persona que ha padecido el delito) etc; estas intervenciones constituyen más una dimensión deontológica que normativa. Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a. Ponencia 3. “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*” en Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad...*ob.cit. pág.25.

⁵⁹ Vid. MAZA MARTÍN, José Manuel, “*Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito*” .Cuadernos Derecho Judicial 1994. Vol. 29, pág. 157-222 (3ª conclusión).

-Correcta dirección de los interrogatorios a las víctimas (tanto en fase de investigación como en la de enjuiciamiento), evitando el innecesario “encarnizamiento” o la “culpabilización” de éstas.

-Evitación, en la medida de lo posible, de la “exposición” de las víctimas a una publicidad contraria a su derecho a la intimidad o al honor (celebración de declaraciones “a puerta cerrada”, prohibición de la presencia de medios de comunicación especialmente audiovisuales, etc.).

-Esfuerzo en la evitación de las sucesivas suspensiones de juicios orales, por lo que ellas suponen de dilación en la tramitación del procedimiento y en las expectativas de reparación de los perjuicios sufridos, así como en la reiteración de molestias de todo tipo para las víctimas-testigos (y en caso de suspensión inevitable y conocida con anterioridad, comunicación inmediata a la víctima en evitación de su desplazamiento innecesario a la sede del tribunal).

-Audiencia a la víctima antes de la adopción de la remisión condicional y atención al interés de ésta, como un factor más, a la hora de decidir sobre la concesión de ese beneficio.

-Audiencia, igualmente, a la víctima, antes de emitir informe sobre la procedencia del derecho de gracia y búsqueda de fórmulas reparadoras del perjuicio, como un elemento más a considerar para la fundamentación de informes favorables en ese orden.

Sanz-Díez⁶⁰, recopilando lo ya indicado por otros autores, señala como rasgos generales de la victimización secundaria:

-La falta de información a la víctima en lo relativo a sus derechos y a la tramitación del proceso que le atañe.

-Falta de mecanismos institucionalizados de ayuda y asistencia primaria a la víctima y durante el proceso.

-Tratamiento procesal incómodo y, a veces, incluso humillante para la víctima.

-Ausencia de mecanismos dirigidos a dotar de efectividad el derecho a que se restaure, en la medida de lo posible, el daño y los perjuicios causados por el delito.

-Ausencia de mecanismos institucionalizados para la asistencia posterior a la víctima que faciliten su reinserción social cuando ésta resulte necesaria.

-Falta de solidaridad y apoyo a la víctima por parte de la sociedad.

Así, pues, la victimización secundaria resulta, en la mayoría de los casos, más perjudicial que la primaria porque, como dice Landrove Díaz, “*es el propio sistema el que*

⁶⁰ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho...*ob.cit. págs 224-225.

victimiza a quien se dirige al mismo solicitando justicia y protección, porque su nocividad se añade a la derivada del delito, porque la víctima se siente especialmente frustrada en sus expectativas y, sobre todo, porque tal proceso afecta al prestigio del propio sistema y condiciona negativamente la actitud de la víctima y del colectivo social respecto al mismo”⁶¹.

Por tanto, evitar la victimización secundaria debe constituir uno de los principales objetivos de la Justicia Penal.

Esta necesidad de evitar la victimización secundaria se fundamenta principalmente en razones de humanidad y respeto a la dignidad de las personas⁶², pero es también una exigencia funcional del sistema jurídico penal, cuya efectividad depende en gran parte de la cooperación de la víctima ya que es mucho más probable que ésta muestre una voluntad de cooperar si confía en un sistema que ampara y protege sus derechos⁶³. Piénsese que la llamada “cifra negra de la delincuencia”⁶⁴ es mayor cuanto mayor es el grado de insatisfacción de las víctimas con el sistema judicial penal, porque la víctima que no confía en este sistema es reacia a presentar denuncia y a poner en marcha la maquinaria de la Justicia.

La Comisión europea ha reconocido también la importancia del papel de la víctima en el buen funcionamiento de la Justicia al mantener que “*Hacer frente a las necesidades de las víctimas contribuye a reducir el coste total de la delincuencia...Es probable que las víctimas bien tratadas participen más activamente en el proceso penal, lo que aumentará la probabilidad de un enjuiciamiento y condena con éxito, lo que a su vez reducirá la reincidencia y la impunidad*”⁶⁵.

⁶¹ Vid. LANDROVE DIAZ, G. *La moderna...ob.cit.*, págs 50 y 51. Esta opinión es compartida también por Sánchez González para quien “*La percepción de falta de apoyo por parte de instituciones, personas o elementos sociales con los que la víctima suponía que podía contar provoca daños más profundos que los generados por el hecho traumático en sí*”. Cfr. SANCHEZ GONZÁLEZ, Antonio, “*Reacciones de las víctimas ante el desarrollo del proceso policial y judicial de su caso*” disponible en www.fundacionfive.com.

⁶² Como dice Tamarit Sumalla, el interés por la víctima tiene anclaje constitucional, arranca de la posición preeminente que en la escala constitucional de valores tienen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y de la posición intervencionista de un Estado social que no puede ser indiferente a las necesidades de la ciudadanía. Vid. TAMARIT SUMALLA “*¿hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*”, pág.30, en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología* (1.2004 Lleida). Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs 27-45.

⁶³ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español*” pág 303. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), nº 57.VOL. LVII, 2004. Pág 219-310. Disponible en www.cienciaspenales.net.

⁶⁴ Marca la distancia entre la criminalidad real y la que llega a conocimiento de las autoridades.

⁶⁵ Cfr. Comunicación de la Comisión europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “*Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE*”, (Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 274 final). Pág 4.

Así también lo ponen de manifiesto la reciente Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, *sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y posterior Directiva 2012/29/UE, de 25 de Octubre de 2012, al disponer medidas a adoptar por los Estados miembros con el fin de fomentar las denuncias por parte de las víctimas y aumentar la confianza de éstas en el sistema de justicia penal⁶⁶.

La víctima puede ser un importante agente informal de control del delito, influyendo en la Justicia desde su decisión de presentar o no la denuncia, actuando directamente, presentando pruebas, etc, por lo que ha de reconocérsele una posición más valorada en el proceso penal⁶⁷. Por este motivo, esa invocación de la presencia de las víctimas, de tener en cuenta sus derechos y sus necesidades en las nuevas políticas criminales, no debe limitarse, tal como apunta Martín Barberán⁶⁸, sólo a la promoción de servicios de atención especializados, sino que también debe servir para contribuir a fomentar una nueva visión de las reacciones sociales ante la delincuencia.

De hecho, las propuestas de reforma de las leyes penales procesales o sustantivas que proceden de la nueva orientación de la política criminal tienden a promover la adopción de nuevas formas de reparación del daño o la previsión de mecanismos de compensación o conciliación entre infractor y víctima.

La supresión de la victimización secundaria implica satisfacer la legítima demanda de justicia de las víctimas en su doble dimensión: en cuanto a su intervención en el proceso y en cuanto al resultado del mismo en el sentido de que la reparación del daño

⁶⁶ En el Considerando (63) disponen que “*Con el fin de fomentar y facilitar las denuncias, y ofrecer a las víctimas la posibilidad de romper el círculo de la victimización secundaria, es esencial que las víctimas dispongan de servicios de apoyo fiables y que las autoridades competentes estén preparadas para responder a las denuncias de las víctimas de forma respetuosa, considerada, no discriminatoria y profesional. Esto aumentaría la confianza de las víctimas en los sistemas de justicia penal y reduciría el número de delitos no denunciados*”.

⁶⁷ En este mismo sentido, se pronuncia Tamarit Sumalla al decir que “*la denuncia, junto con la posterior intervención, a menudo decisiva como testigo de cargo, hacen de la víctima un agente de trascendental importancia en el ejercicio de la justicia penal, situación que, considera, contrasta con la escasa atención que el sistema tiene hacia la misma en orden a evitar o disminuir en lo posible los efectos de la victimización secundaria*”. Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1998, págs. 19-20.

⁶⁸ Para Martín Barberán, esa nueva “visión” ha de consistir en interpretar que el delito no es más que la expresión de un conflicto que también (y en muchas ocasiones aún mejor) puede ser resuelto entre las partes (autor y víctima) en un proceso de mediación conducido por un tercero imparcial. Vid. MARTÍN BARBERÁN, Jaime, “*La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos*”. Revista Poder Judicial nº 58 – 2º trimestre 2000. Vol. 58. págs. 213-260.

producido por el delito sea efectiva; ello siempre dentro del Estado de Derecho, bajo la vigilancia de la Administración de Justicia⁶⁹.

En definitiva, se trata de atender los intereses de las víctimas en todos sus ámbitos: tanto en el marco del proceso penal como en la prestación de la asistencia, antes y después del proceso, necesaria para paliar los efectos del delito, así como en el ámbito de la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito. En palabras de Iñiguez, “*la víctima del delito debe ser atendida en la doble acepción de la palabra, esto es, “darle atención”, como servicio y “prestarle atención” en cuanto no prescindir de sus decisiones*”⁷⁰.

Para evitar la victimización secundaria considero que son dos los aspectos en los que ha de profundizarse:

1) La rápida y eficaz prestación de un servicio de atención a la víctima de una infracción penal; y

2) Una regulación más exhaustiva, completa, unitaria y eficaz de los derechos y garantías de las víctimas, con la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para su efectiva aplicación.

Por su parte, los ya citados instrumentos internacionales que reconocen la existencia del proceso de victimización secundaria, fijan los criterios y orientaciones para su prevención, que, siguiendo, de nuevo, a Sanz Diez, son, en síntesis, los siguientes:

“a) Reconocimiento del estatuto jurídico de la víctima, esto es, de su condición de sujeto de derechos durante el proceso penal y durante todas las actuaciones.

b) creación y desarrollo de servicios sociales dirigidos a prestar información, asistencia y ayuda inmediata a la víctima del delito.

c) Adopción de medidas tendentes a evitar molestias y perjuicios a las víctimas de delitos durante el proceso y, en especial, a las más vulnerables, estableciendo ciertas restricciones a determinadas actuaciones (careos, declaración delante del procesado, interrogatorios que afectan a la vida privada y personal de la víctima), con estricto respeto a las exigencias derivadas del derecho de defensa.

⁶⁹ Tal como pone de manifiesto Varona Martínez, “*la justicia como valor ético y jurídico significa la falta de impunidad, es decir, las victimaciones exigen reacciones públicas para establecer quiénes son los responsables concretos y cómo debe repararse lo irreparable.*” Son las administraciones competentes las que deben vigilar que dicha reparación sea efectiva y que nunca se produzcan victimizaciones secundarias. Cfr. VARONA MARTÍNEZ, Gema, (por parte de la institución del Ararteko: Iñigo Lamarca, Julia Hernández, Faustino López de Foronda, Amaia Pagola, Nieves Oca), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del ARARTEKO al Parlamento Vasco*. ARARTEKO. Vitoria-Gasteiz. Junio 2009. Pág. 578.

⁷⁰ Cfr. IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales...ob.cit.* pág 521.

d)Adopción de medidas tendentes a proteger la seguridad de la víctima y su familia, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables.

e)Adopción de medidas tendentes a proteger la intimidad de la víctima frente a una publicidad indebida durante el proceso penal. Ni el derecho a la información ni el derecho de defensa pueden justificar que la víctima vea expuesta su vida privada a la curiosidad pública sin ningún tipo de límite”⁷¹.

En cuanto a la legislación española, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 da un paso más adelante en la supresión de la victimización secundaria dedicando un capítulo (capítulo III del Título 2) a la víctima, que titula “*El estatuto de la víctima en el proceso penal*” (artículos 65 y siguientes), y en el que, entre otros pronunciamientos, prohíbe expresamente la victimización secundaria. Así, conforme al art. 69: “*Prohibición de victimización secundaria.*

1. Todas las autoridades que intervengan en el proceso penal adoptarán las medidas precisas para evitar que la víctima se vea sometida a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado.

2. Igualmente velarán para que, desde un primer momento, la víctima reciba un trato correcto, habilitando dependencias adecuadas.

En particular, las dependencias judiciales tendrán espacios de espera especialmente habilitados para acoger a las víctimas”⁷².

También el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del delito, elaborado en el año 2013, proscribire la victimización secundaria y establece medidas para evitar los riesgos que de ella se derivan.

No obstante, el citado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 aún va más allá cuando, prescindiendo de la concepción clásica que preside la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en cuanto al reconocimiento de una relación bilateral entre el infractor y el poder punitivo del Estado, entre sociedad y acusado, el Anteproyecto, en mi opinión, acoge una posición más aperturista y favorable a la víctima, dando una nueva visión de las partes en el proceso y del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Así, reconoce de forma expresa la existencia de tres intereses contrapuestos: el Estado-investigador, el del ciudadano investigado y, en tercer lugar, el de la víctima; todos

⁷¹ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho...ob.cit.*” Pág 302.

⁷²Sin embargo, este es un pronunciamiento en sentido general que habrá de ir concretándose en la práctica y que necesitará, a la vista del contenido del punto 2, de apoyo económico, y, por lo tanto, se encontrará con serias dificultades al momento de su aplicación.

actuando en un plano de igualdad (en principio), bajo el control de un Juez llamado de Garantías⁷³.

Ya la doctrina española venía reclamando el reconocimiento legal y el establecimiento de esta relación tripartita en el ámbito jurídico penal y procesal.

Así, Sanz Diez considera que uno de los objetivos fundamentales de la política criminal de nuestro tiempo es *“incorporar la perspectiva de la víctima al Derecho Penal y al Proceso Penal de forma que el sistema jurídico se articule sobre la base de una relación tripartita delincente-Estado-víctima”*⁷⁴.

1.3. LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA A LA VÍCTIMA EN ESPAÑA: APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.

Mediante los Servicios de Asistencia a las Víctimas se pretende paliar, en la medida de lo posible, los efectos del delito en la persona de la víctima, prestándole, para ello la información adecuada de sus derechos y otorgándoles protección y asistencia antes, durante y con posterioridad al proceso penal. Esta tarea se realiza, principalmente, a través de la red de Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Landrove Díaz⁷⁵ señala como notas comunes a todos los programas de asistencia a las víctimas de los distintos países las siguientes:

- a) La indemnización estatal se configura con carácter subsidiario⁷⁶.

⁷³ En la Exposición de Motivos nº V se hace referencia expresamente a *“tres pretensiones en pugna”* que son: *“Por una parte, la del Estado-investigador de injerir en la esfera de derechos del ciudadano para el mejor esclarecimiento de los hechos punibles o para asegurar cautelarmente la futura exigencia de responsabilidades. Por otra, la del ciudadano investigado de oponerse a esta injerencia y corregir en su favor los desequilibrios en que puede incurrir la actividad investigadora pública, asegurando que ésta recoja igualmente los elementos que le son favorables. Finalmente, la pretensión de la víctima y los posibles acusadores de participar en la actividad investigadora del Estado llegando incluso a ejercer una acción penal distinta a la del Ministerio Fiscal. Son los diversos conflictos que se producen entre estos tres intereses contrapuestos los que el juez, como órgano ajeno a la dirección del procedimiento oficial, está llamado a resolver en el nuevo sistema”*.

⁷⁴ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *“La víctima ante el derecho...ob.cit.* Pág 301.

⁷⁵ Vid. LANDROVE DIAZ, Gerardo *“Las víctimas ante el derecho español”*, pág. 182 y sig. Revista *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 21. Págs.169-207.

⁷⁶ Para un estudio más completo de los programas indemnizatorios a víctimas con cargo a fondos públicos, consultar GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., *“El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria”*. Cuadernos de Derecho Judicial, XV, 1993. En esta obra encontramos, además, una interesante crítica de estas medidas. En el ámbito internacional, consúltese GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, *“Marco Jurídico y nuevos instrumentos para un Sistema Europeo de Indemnización a las Víctimas de Delitos”* en Boletín del Ministerio de Justicia nº 1980-1981, 15 de Enero 2005, págs 7-32.

b) Las ayudas se conceden incluso en supuestos en los que resulta imposible perseguir o condenar al autor del delito y se restringen, en la mayoría de los programas, a los casos de actos criminales violentos.

c) La inmensa mayoría de los programas fijan límites mínimos y máximos de indemnización.

d) Cuando la víctima contribuye a la realización del resultado dañoso la mayoría de las legislaciones excluyen o reducen la cuantía de la indemnización.

e) La compensación a la víctima se abona a través de pago único o pensión asistencial.

f) Muchos programas prevén la posibilidad de conceder ayudas provisionales a las víctimas por razones de urgencia.

h) Exigen la presentación de la solicitud de ayuda dentro de un plazo determinado y la previa denuncia del delito generador de la victimización.

En España, la asistencia a las víctimas se contempla como un concepto diferenciado de las estrictas ayudas económicas⁷⁷.

En nuestro país, fueron las Comunidades Autónomas las que comienzan a crear en la década de los ochenta las Oficinas de Asistencia a la Víctima⁷⁸, siendo la primera la de Valencia (Decreto 45/89, de 4 de abril), posteriormente se crearon otras Oficinas en diferentes Comunidades⁷⁹ hasta que con la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual⁸⁰, se crean las Oficinas de Asistencia a la Víctima a nivel estatal extendiéndose desde entonces por todo el territorio nacional de forma que ya existen en todas las capitales de provincia y en algunas poblaciones⁸¹.

Estas Oficinas desarrollan su actuación atendiendo a las especiales características que presentan los distintos colectivos o grupos de víctimas⁸².

⁷⁷ Así lo pone de manifiesto, en la Exposición de Motivos, la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

⁷⁸ Un amplio y completo estudio de las oficinas de atención a la víctima lo encontramos en GONZALEZ VIDOSA, Fely. *¿Qué es la ayuda a la víctima?*. Editorial Atelier. Barcelona 2001.

⁷⁹ Vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, "El papel de la víctima en la política criminal", pág.9. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2004, nº extraordinario 2, págs 483-500.

⁸⁰ Modificada en varias ocasiones (en 1996, 1998, 2009, 2010), es considerada la primera ley victimal española por antonomasia. Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson. Madrid 2011, pág.293. La Ley regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos.

⁸¹ Se constituyen en las sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan (art.16 de la citada Ley 35/1995).

⁸² Caravaca Llamas resalta seis áreas de acción social prioritarias de los sistemas de protección y asistencia social para las víctimas en España: víctimas de la violencia doméstica y familiar, menores víctimas de

Su función es informar a la víctima de los derechos reconocidos en la Ley, asesorarla, orientarla y ayudarla en la tramitación de solicitudes de ayuda económica y prestar una atención integral y coordinada que abarca la atención psicológica, social y material inmediata a las víctimas de todo tipo de delitos, canalizando sus primeras necesidades y atendiendo a las más perentorias que se produzcan como consecuencia del delito⁸³. Tratan, en definitiva, de dar respuesta a las necesidades específicas de las víctimas en los ámbitos jurídico, psicológico y social, mediante la intervención interdisciplinar de las personas profesionales encargadas de su prestación (psicólogos, juristas, criminólogos, trabajadores sociales etc).

Se configuran como un servicio de carácter público⁸⁴, universal y gratuito, integrado en el sistema de justicia penal⁸⁵. Dependen del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas, según tengan o no transferidas las competencias en materia de Justicia⁸⁶ y, en rara ocasión, de los Ayuntamientos o de éstos en colaboración con el Estado o los gobiernos autónomos.

Además del sistema público español de protección y asistencia social, también existen diferentes entidades benéficas y asociativas de índole privado, que han ido configurando distintos servicios de atención a las víctimas de delitos aunque no suponen una auténtica red de asistencia victimal⁸⁷ sino que están principalmente dedicadas a representar a víctimas de determinados delitos.

Ante la ausencia en España de asociaciones de tipo generalista dedicadas a la “victimoasistencia”⁸⁸, es decir, dedicadas a atender a toda clase de víctimas, han maltrato y/o desamparo, de la violencia juvenil (acoso y violencia escolar y juvenil), víctimas de terrorismo, de accidentes de tráfico y víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. *Vid.* CARAVACA LLAMAS, Carmen, *“Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social”* en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011, pág.12 y sig. www.eumed.net/rev.cccss/11. En esta obra, la autora hace un escueto pero interesante estudio de la asistencia en estos ámbitos.

⁸³ Tal como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 35/1995.

⁸⁴ Ello sin perjuicio de que cuando la prestación del Servicio de Asistencia a Víctimas no se ejecute por la propia Administración, pueda llevarse a cabo mediante contrato público de servicios al amparo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, publicado en BOE de 16 de Noviembre de 2011) -anteriormente al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente hasta 16 de Diciembre de 2011- (caso de Andalucía), o mediante convenio de colaboración con entidad pública o privada.

⁸⁵ Para la prestación de este Servicio, se distinguen a nivel internacional, fundamentalmente, dos modelos: el prestado por entidades privadas, seguido en la mayor parte de los países; y el prestado por entes públicos, seguido por una minoría de países entre los que se encuentran España y Bélgica.

⁸⁶ Actualmente se encuentran gestionadas por las respectivas administraciones autonómicas en Andalucía, Valencia, Cataluña, País Vasco, Navarra, La Rioja, Baleares y Canarias.

⁸⁷ De hecho, España es uno de los pocos países europeos que no forma parte de la *Victim Support Europe*, fundada en 1990, se trata de una especie de asociación compuesta por diversas asociaciones asistenciales a nivel europeo. Para más información consultar www.victimsupporteurope.eu/.

⁸⁸ Por el momento solo existen dos asociaciones de este tipo en España: la Asociación Nacional de Víctimas de delitos Violentos, con sede en Madrid, dedicada a todas aquellas víctimas que no lo sean de terrorismo; y

proliferado las asociaciones de víctimas sectoriales, en especial en dos sectores, el de víctimas del terrorismo y de violencia de género -también cabe citar las de apoyo a menores y las de las víctimas de accidentes de tráfico-.

Esta es, precisamente, una singularidad española que destaca –y critica- Tamarit Sumalla⁸⁹ para el que en nuestro país hay una gran carencia de asociaciones concebidas como entidades para prestar un servicio asistencial a víctimas con carácter general, sobre todo, con una orientación más profesional, con un impulso más reivindicativo, con una visión más emocional del problema.

Lo cierto es que esta diversidad de organismos públicos y entidades de carácter privado dedicadas a prestar este servicio de apoyo a las víctimas en España hace que existan grandes diferencias en la forma de desarrollarlo, de modo que la calidad y cobertura de los mismos varían considerablemente entre unas Comunidades y otras. Esta situación plantea la necesidad de coordinar todos los servicios de asistencia a víctimas y articular programas conjuntos de formación, información y comunicación así como el intercambio de las mejores prácticas en el tratamiento y apoyo a las víctimas.

La gestión de los servicios de atención a las víctimas a través de oficinas integradas en la Administración Pública, y ubicadas en dependencias judiciales, es otra de las particularidades que presenta el sistema asistencial español y que es, también, criticada por un sector de la doctrina.

En concreto, Tamarit Sumalla⁹⁰ entiende que los servicios de atención a las víctimas exigen un replanteamiento de raíz; pone de manifiesto que España se encuentra entre los países con un menor porcentaje de víctimas atendidas por estos servicios especializados (un 3% frente al 18% del Reino Unido, según una encuesta de victimización de 2005). Asimismo, este autor sostiene que el modelo español es un caso aislado en cuanto al modelo de gestión de estos servicios, concebidos como oficinas públicas, y considera que el modelo dominante en Europa, en el que la asistencia se hace, preferente o exclusivamente a través de entidades privadas, financiadas en la mayor parte

la Fundación para la Atención a las Víctimas del Delito y Encuentro Familiar, creada en 2004 bajo la protección de la Generalitat Valenciana.

⁸⁹ Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, Ponencia “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*”, op.cit. pág. 41, en Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid. Disponible en www.falternativas.org, seminarios y jornadas nº 50/2008, ISBN 978-84-92424-20-7.

⁹⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, Ponencia “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*”, op.cit. pág. 24, en Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid. Disponible en www.falternativas.org, seminarios y jornadas nº 50/2008, ISBN 978-84-92424-20-7.

de casos con dinero público, resulta más atractivo, pues permite una atención más completa a las víctimas.

Esta postura es compartida por Roig Torres⁹¹ que opina que el legislador español debería tomar como ejemplo el sistema anglosajón⁹² en el que las instituciones de ayuda a las víctimas cuentan con un gran arraigo.

Villacampa Estiarte⁹³ señala las ventajas que presenta la gestión privada de la prestación asistencial victimal, desvinculada del entramado institucional propio del sistema de justicia penal: la prestación asistencial se produce al margen de la interposición de la denuncia por parte de la víctima o de los avatares del procedimiento penal, de que se identifique, procese o condene al responsable, por lo que la asistencia es más extensa, tiene efectos de “extensión de la red” asistencial victimal y ello por la mayor capacidad de llegar a víctimas que rechazan el contacto con la Administración de Justicia y porque se optimizan los recursos existentes desfuncionando la actividad (amplitud de horarios, lugar de prestación del servicio etc). Para Villacampa Estiarte el modelo de gestión privada presenta ventajas, en definitiva, porque considera “poco realista en términos económicos” pretender costear con cargo a fondos públicos y únicamente con personal al servicio de la Administración de Justicia la mayor parte de los servicios asistenciales⁹⁴.

En mi opinión, esta idea pone de manifiesto la marginación a que se viene sometiendo aún a la víctima y la diferencia de trato en su perjuicio con respecto al infractor. Llama la atención el hecho de que para la protección y asistencia a la víctima se plantee la cuestión del problema económico que ocasionaría hacer frente al gasto que la prestación de este servicio produce mientras que la asistencia y protección al infractor se hace a toda costa, sin miramientos económicos y resolviendo, dentro del sistema público, todas las cuestiones que se puedan presentar relativas a horarios, lugar de la prestación del servicio etc.

Desde mi punto de vista, con la implantación del sistema de gestión defendido por este sector de la doctrina, en cuanto supone la intervención de empresas privadas, se corre

⁹¹ Vid. ROIG TORRES, Margarita, “*Algunos apuntes sobre la Evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito*”, op.cit. pág. 290. Revista Ciencias Penales. Nº 22. Págs 154-308. Disponible en www.cienciaspenales.net.

⁹² Es el caso de *Victim Support* en el Reino Unido, que tiene una financiación pública del 80%.

⁹³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención*” (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), op.cit. págs 198-200, en *Victimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág.173-202.

⁹⁴ Sin embargo, Villacampa Estiarte reconoce que la garantía de calidad probablemente conduzca a sistemas híbridos o mixtos en que el servicio parta de oficinas privadas mientras el control de calidad prestacional sería público en la misma medida en que la financiación provenga de fondos públicos. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La asistencia a las víctimas del delito...Ob. Cit.* pág.200.

el riesgo de llegar a la privatización de este importante servicio de atención y defensa de la víctima⁹⁵ con los peligros que ello conlleva⁹⁶. Una solución intermedia más adecuada que ésta sería la opción que plantea la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales⁹⁷ en cuanto a la actuación conjunta y en colaboración de entidades públicas y privadas, si bien, considero, siempre que éstas se traten de organizaciones sin ánimo de lucro y que exista un control y dirección por parte de la Administración Pública, sobre todo con relación a la formación de los profesionales que prestan el servicio, el nivel y la cobertura de éste.

No obstante, es preciso señalar que, en realidad, es el Estado el que, con independencia de las iniciativas privadas, debe asumir la prestación de este servicio a las víctimas, al igual que asume la protección y defensa de los infractores (ámbito en el que, como ya se ha señalado, no resulta “poco realista” económicamente la prestación del servicio y tampoco se cuestionan como elementos impeditivos para la defensa y protección del infractor el coste económico ni las limitaciones que suponen la funcionarización del servicio en cuanto a horario y lugar de prestación). Y ello, siguiendo a Sanz Hermida⁹⁸, en opinión que comparto, por tres razones fundamentales: 1ª) porque esta atención debe ser entendida como un servicio público y como tal, su prestación debe llevarse a cabo por el Estado –al igual que lo hace con los infractores-; 2ª) porque el Estado es el encargado de velar porque los derechos de los ciudadanos sean reales y efectivos (art.9-2º de la Constitución) y, las víctimas, como ciudadanos, deben gozar de dicha protección –en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos-; y 3ª) porque es una forma de contribuir al eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia -y de acercar, de forma efectiva, la Justicia al ciudadano-.

⁹⁵ Hecho que, desde mi punto de vista, ya se está produciendo desde el momento en que puede llevarse a cabo mediante contrato público de servicios al amparo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre) y anteriormente al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de la Ley 30/2007, vigente hasta 16 de Diciembre de 2011, o mediante convenio de colaboración con entidad privada que no tenga un interés benéfico.

⁹⁶ Piénsese que en Alemania, que sigue un modelo asistencial en el que las entidades privadas asistenciales se sostienen exclusivamente con fondos privados, se reclama por algunos una financiación pública estable, por lo que ha de deducirse que este sistema también tiene sus defectos frente a las ventajas que presenta la gestión pública del servicio.

⁹⁷ A título de ejemplo: la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001; la Recomendación 8/2006, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 14 de Junio; más recientemente, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01) (Diario Oficial de la Unión Europea 28-6-2011).

⁹⁸ *Vid.* SANZ HERMIDA Agata, *Victimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Iustel. Madrid 2009. Op. cit. pág.144. Sanz Hermida también se decanta por la coexistencia y colaboración de iniciativas públicas y privadas, manteniendo que, al margen de las iniciativas privadas, el Estado debe disponer de sus propias unidades de atención a las víctimas.

Cuestión distinta es la que plantea Maza Martín⁹⁹ relativa a si la implantación y prestación de este servicio de asistencia a las víctimas ha de ser llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales. A este respecto, cabe concluir con él que nunca puede corresponder a los órganos jurisdiccionales, por su naturaleza de carácter asistencial, incompatible con los fines de la jurisdicción, sino que es a la Administración, en relación principalmente con los referidos servicios, y a la iniciativa privada, en lo que respecta a las asociaciones, a quien se atribuye la responsabilidad de estos sistemas de asistencia. No obstante, sí es necesaria la colaboración de la justicia penal con los diversos mecanismos de asistencia a las víctimas dentro de un concepto amplio y deseable del juez como verdadero tutelador de los derechos individuales.

Crítica también Tamarit Sumalla la falta de formación especializada¹⁰⁰ y la necesidad de que las personas que estén en contacto con la víctima reciban una formación adecuada y suficiente, tal como ya ponía de manifiesto en su Preámbulo la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal(2001/220/JAI)¹⁰¹, -o la Declaración de las Naciones Unidas de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder¹⁰².

Esta es una preocupación que ha tenido reflejo en la Recomendación 8/2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 14 de Junio¹⁰³, o más recientemente en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE” [COM(2011) 274 *final*] y la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se

⁹⁹ Vid. MAZA MARTÍN, José Manuel, “*Algunas consideraciones criminológicas, ...Ob.Cit. conclusión 4ª*”.

¹⁰⁰ Mantiene que “no es una tarea que por parte de los responsables de las distintas Administraciones competentes haya sido tomada en general muy en serio” y que “la calidad de la atención a las víctimas no puede depender del mero voluntarismo ni de la ciega aplicación de recursos económicos, sino de la existencia de garantías respecto a la solidez del equipamiento humano y profesional de las personas de cuya intervención depende el éxito de los programas que se vayan a implantar”. Op cit. pág.20-21, TAMARIT SUMALLA, J.M “*La protección de las víctimas en el sistema penal*”. Disponible en www.fundacionfive.com. Publicado con el título “¿hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología (1.2004 Lleida)*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs 27-45.

¹⁰¹ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 82/1 de fecha 22.3.2001.

¹⁰² En su apartado 16 establece la necesidad de que el que trabaje en este ámbito reciba y posea una capacitación adecuada de forma que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

¹⁰³ Tamarit Sumalla denuncia también el hecho de que aún no se haya adoptado por España un programa de actuación por parte de las autoridades estatales o autonómicas, según la que ostente la competencia, que impulse la políticas que reclama la Recomendación 8/2006 del Consejo de Europa sobre asistencia a la víctima en aspectos como la coordinación de servicios, la instalación de líneas de asistencia telefónica, la mejora de mecanismos de información, el impulso de la mediación, de la formación y de la investigación victimológica. Vid. TAMARIT SUMALLA, “*Introducción*” en *Víctimas olvidadas*. VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág.18.

establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos” [COM(2011) 275 final —011/0129 (COD)](2012/C 43/09)¹⁰⁴, aprobada por Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012 y la Directiva 2012/29/UE de 25 de Octubre, y, en definitiva, numerosa normativa internacional y nacional.

Sin perjuicio de compartir la idea -por otro lado, evidente- de la importancia y la necesidad de la formación especializada de todos los agentes intervinientes en la prestación de la asistencia victimal, ha de considerarse, tal como pone de manifiesto Sanz Hermida¹⁰⁵ que la adecuada formación de las personas que intervienen en las actuaciones con las víctimas necesita de especiales dotaciones materiales y personales, que dependerán de la disponibilidad en este ámbito de los Poderes Públicos, así como de una adecuada regulación normativa que acomode orgánicamente a estas unidades a la estructura y finalidades de los órganos a los que sirve, es decir, de los órganos jurisdiccionales. Y precisamente los SAVD no están tan bien financiados como los servicios para los acusados o sospechosos de un delito por lo que, por el momento, resulta difícil alcanzar ese grado de formación en general.

No obstante, a pesar de las críticas y defectos de que adolece, ha de reconocerse que, por el momento y aún cuando resultan insuficientes –o, incluso, a veces, inadecuados- los Servicios de Asistencia a Víctimas desempeñan una importante función de asistencia y orientación a la víctima dirigida a evitar la victimización secundaria; de hecho se reconoce legalmente¹⁰⁶ que entre sus finalidades está reducir y evitar los efectos de la victimización secundaria, acercando la justicia a la ciudadanía.

Mientras se espera la mejora de este servicio, lo que ha de evitarse, compartiendo el temor de Herrera Moreno, es que “*las Oficinas de Ayuda a la Víctima se conviertan en meras asesorías burocratizadas, entregadas a una mecánica divulgación de consejos técnicos y datos informáticos*” y lograr “*que sean verdaderas organizaciones, estructuras en torno a las necesidades de las víctimas que a ellas se confían*”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 15-2-2012. En su apartado 4.5 referente a “Acceso a los servicios de apoyo a las víctimas” dice expresamente que “*Es esencial que los servicios sean gratuitos y confidenciales y que los preste personal altamente cualificado, ya sean servicios públicos o privados*”.

¹⁰⁵ Vid. SANZ HERMIDA Agata, *Víctimas de delitos...* Ob.cit. pág.147.

¹⁰⁶ Entre otras normas, además de las ya referidas anteriormente, cabe citar el art.2 del Decreto 375/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía. BOJA núm. 8, de 13 de enero 2012.

¹⁰⁷ Cfr. HERRERA MORENO, M., en *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 320.

1.4. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.

La creciente preocupación por parte del Derecho supranacional e internacional por la situación jurídica de las víctimas del delito, el reconocimiento y la efectividad de sus derechos¹⁰⁸ ha dado lugar a una cada vez más numerosa y específica normativa configurada por las decisiones de altos organismos internacionales, como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Esta normativa de carácter supranacional relativa a la protección de las víctimas y sus derechos provocó que los distintos países introdujeran en su legislación nacional diversa regulación dirigida a la defensa y protección de las víctimas.

Entre la normativa supranacional¹⁰⁹ baste destacar aquí, en el ámbito de las Naciones Unidas, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder* aprobada por la Asamblea General el 29 de Noviembre de 1985¹¹⁰, que contiene los principios fundamentales para la protección de los derechos de las víctimas.

En la normativa procedente del Consejo de Europa, puede destacarse la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de Junio de 1985 *sobre posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal*¹¹¹.

En el ámbito de la Unión Europea, la ya citada Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al *Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*, presentó un estatuto de la víctima, con el objetivo de mejorar su situación en el proceso penal¹¹². Así,

¹⁰⁸ Este tema también ha sido objeto de estudio por parte de los Tribunales internacionales. Para un estudio detallado del trato de la víctima en los tribunales internacionales consultar DEL CARPIO DELGADO, Juana, *Las víctimas ante los tribunales internacionales "ad hoc"*. Tirant lo Blanch. Valencia 2009, y más escueto en PERRUCA ALBADALEJO, Victoriano, "El estatuto de las víctimas ante el tribunal penal internacional" Noticias jurídicas.com. Enero 2005.

¹⁰⁹ Ver supra epígrafe "Victimización secundaria" en el que, sin ánimo de ser exhaustiva, se hace una relación de esta normativa.

¹¹⁰ Para un estudio de su contenido consultar, entre otros, FERREIRO BAAMONDE. *La víctima en el proceso penal*. La Ley. Madrid, 2005, pág 71 y sig. y LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág 62 y sig.

¹¹¹ Para ampliar información, consultar HERRERA MORENO, M., en *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 314 y sig. y LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 45 y sig.

¹¹² La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01). (Diario Oficial de la Unión Europea 28-6-2011) señala entre las medidas para alcanzar su objetivo: "Medida A: Una Directiva que sustituya a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal" Y añade que "La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, supuso un avance importante en la adopción de un planteamiento general de la protección de las víctimas de delitos en la UE. Sin embargo, a los diez años de su aprobación, es necesario revisar y completar los principios que

establecía en su artículo 8 una serie de previsiones destinadas a proporcionar un “*nivel adecuado de protección a las víctimas*” y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad e intimidad. Para ello, exhortaba a los Estados miembros a que en el marco de un proceso judicial adopten las medidas adecuadas para proteger la intimidad y la imagen física de la víctima y de sus familiares, evitar el contacto entre víctima y procesado y, por último, protección de las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública. Esta Decisión Marco ha representado un importante paso adelante en la fijación de una guía común europea para la protección de los derechos de las víctimas¹¹³.

Y, más recientemente, cabe destacar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 10 de junio de 2011 sobre *un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales* (2011/C 187/01). El Consejo suscribe el Plan de Trabajo, como base de la futura actuación. Además, como medida de respuesta al Programa de Estocolmo, la Comisión Europea ha propuesto un conjunto de medidas relacionadas con las víctimas de delitos, entre las que se encuentran una Directiva sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, de 18 de Mayo de 2011 -(2011/0129 (COD)-, al igual que un Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Esta Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo de la Unión europea pretendía modificar y ampliar las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI hasta el punto que las modificaciones que se habían de introducir eran tan sustanciales en número y naturaleza, que, en aras de una mayor claridad, la Decisión Marco debía sustituirse en su totalidad¹¹⁴. Y así se ha llevado a efecto por Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, que, aprobando la referida Propuesta, dispone la sustitución de la Decisión marco 2001/220/JAI, que queda derogada, por esta otra Directiva (art.30 de la Resolución) que vio la luz el día 25 de Octubre de 2012.

establece la Decisión Marco y aumentar considerablemente el nivel de protección de las víctimas en toda la UE, en particular en el marco del proceso penal. Con este fin, la Comisión presentó el 18 de mayo de 2011 una propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. El Consejo se compromete a dar prioridad al estudio de esta propuesta, también a la luz de los principios generales antes establecidos.”

¹¹³ Así lo pone de manifiesto Tamarit Sumalla en “¿hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? en VVAA (coord.TAMARIT SUMALLA) *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología* (1.2004 Lleida). Tirant lo Blanch. Valencia 2005 págs 27-45. En este artículo hace un estudio de la citada Decisión Marco.

¹¹⁴ Así lo indica el Considerando 65 de la citada Propuesta de Directiva.

En la legislación española encontramos Leyes como:

-La LO 19/1994, de 23 de Diciembre, de *Protección de testigos y peritos en causas criminales*¹¹⁵, orientada a la salvaguarda de testigos para facilitar su colaboración con la justicia, que prevé diversas medidas dirigidas especialmente a preservar la identidad y seguridad de quienes han de declarar en tal calidad en el proceso penal.

-La citada Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de *ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*¹¹⁶, que además de establecer un sistema de ayudas económicas para las víctimas de estos delitos creando un fondo de compensación, estableció la obligación de los jueces y tribunales, miembros del Ministerio Fiscal y de las policías de informar a las víctimas sobre sus derechos, prevé medidas asistenciales para todo tipo de víctimas y crea las Oficinas de asistencia a las víctimas¹¹⁷.

-La Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de *solidaridad con las víctimas del terrorismo*¹¹⁸, que asume el resarcimiento de los daños físicos y psíquicos sufridos por los damnificados cuando no hubieran sido satisfechos por los obligados civiles.

-La Ley 1/2004, de 28 de Diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que aborda el problema de la violencia de género desde una perspectiva multidisciplinar estableciendo mecanismos, herramientas de lucha y prevención de la violencia de género.

¹¹⁵ La Fiscalía General del Estado en la Memoria de 2010 critica la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales al considerar que está obsoleta y que necesita de un desarrollo reglamentario para que pueda ser aplicada con eficacia, ya que la propia generalidad de sus disposiciones la hace actualmente inviable, al no contemplar, entre otras circunstancias, cuál es la Administración a quien corresponde sufragar las medidas de protección que se adopten, cuando éstas tengan un coste económico (por ejemplo, un alojamiento o una renta mensual, etc.). Entiende que empeora la situación el hecho de que no exista una ley estatal de protección integral a las víctimas, por lo que insta al Gobierno para que desarrolle reglamentariamente la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y articule recursos para favorecer la protección integral de las víctimas de delitos.

¹¹⁶ En su Exposición de Motivos se dice que: “*En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito*”.

¹¹⁷ No obstante, la Fiscalía General del Estado aboga en la Memoria de 2011 por una efectiva y pronta modificación de la Ley 35/95, para dar una respuesta satisfactoria a las víctimas. También un amplio sector de la doctrina se muestra partidario de su reforma, entre ellos Tamarit Sumalla que la considera, igualmente, obsoleta en prácticamente todos sus aspectos. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, Ponencia “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*”, op.cit. pág. 24, en Conclusiones del Seminario n° 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid. Disponible en www.falternativas.org, seminarios y jornadas n° 50/2008.

¹¹⁸ En opinión de Tamarit Sumalla, la dualidad radical de regímenes establecidos para las víctimas de delitos violentos y para las víctimas del terrorismo, en virtud de la Ley de solidaridad de 1999, ha sido muy criticada y debería dar lugar cuanto a menos a una aproximación progresiva entre ambos sistemas. Op cit. pág. 24, TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, Ponencia “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*”, en Conclusiones del Seminario n° 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*”.

-La Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de *Reconocimiento y Protección Integral a las víctimas de terrorismo*¹¹⁹, que tiene por objeto reconocer a las víctimas del terrorismo y establecer un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista.

-Reglamento de la anterior Ley 29/2011, aprobado por Real Decreto 671/2013, de 6 de Septiembre (BOE 18 de Septiembre de 2013); y corregido en BOE de 19 de Septiembre de 2013.

Y, aunque no sea una Ley, cabe mencionar La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada, como proposición no de ley, por el Congreso de los Diputados en fecha 16 de abril de 2002¹²⁰. Entre sus objetivos, además de la consecución de una Administración de Justicia moderna y abierta, que sea responsable ante la ciudadanía y capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, destaca la prestación de una especial atención y cuidado en la relación de la Administración de Justicia con aquellas personas que se encuentran más desprotegidas: las víctimas del delito, y, en concreto, víctimas de género y de violencia doméstica, menores de edad, personas con discapacidad o inmigrantes.

Como puede apreciarse, a pesar de los importantes progresos que se han ido produciendo en los últimos años, la regulación de los derechos de las víctimas en la legislación española es dispersa, diferenciada por grupos de víctimas, incompleta, insuficiente e, incluso, caótica.

Y ésta es una opinión generalizada en la doctrina. Así, en este mismo sentido se pronuncian, entre otros autores, Ceres Montés¹²¹, para quien el tratamiento de la víctima es asistemático, inconexo e incompleto para su adecuada protección. Para Tardón Olmos se trata de *“una regulación dispersa y fragmentaria que no facilita, desde luego, su eficacia*

¹¹⁹ Publicada en *BOE núm. 229, de 23 de septiembre*, y modificada ya por la Ley 2/2012, de 29 de junio -disposición final décima séptima- y por la Ley 3/2012, de 6 de julio -disposición final decimocuarta y decimoquinta-.

¹²⁰ Su elaboración fue una de las prioridades del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001. Pretende ser una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que atienda a los principios de transparencia, información y atención adecuada y que establezca los derechos de los usuarios de la Justicia. Vincula a todas las personas que trabajan al servicio de la Administración de Justicia. Sin embargo, no ha resultado eficaz.

¹²¹ CERES MONTÉS, José Francisco, *“Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: nuevas tendencias”* en Poder Judicial, núm. 38, 1995. Op. cit. pág. 25.

aplicación”¹²², mientras Chocrón Giráldez¹²³ afirma que nos encontramos “*con todo un entramado normativo*”. En consecuencia, hay que concluir con Tamarit Sumalla¹²⁴ en el sentido de que el carácter desordenado con que se han producido las modificaciones legales relativas al reconocimiento de derechos a las víctimas dificulta su conocimiento y la comprensión del rol que se les atribuye en el sistema penal, por lo que resulta necesario llevar a cabo iniciativas legislativas tendentes a ordenar, sistematizar y mejorar técnicamente las reformas efectuadas en los últimos años y, sobre todo, regular un estatuto jurídico de la víctima¹²⁵.

Sobre este punto, en España, ya se ha presentado al Consejo de Ministros un informe por parte del Ministro de Justicia con el fin de regular el Estatuto de la víctima del delito, pretendiendo hacer efectivo lo dispuesto en la Directiva europea 2012/29/UE, aprobada en fecha 12 de Octubre de 2012 *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*.

El Informe y posterior Anteproyecto de Estatuto de las víctimas que ha sido elaborado -del que se hará un estudio mas adelante- recoge un catálogo de derechos procesales y extraprocesales que asiste a todas las víctimas de delitos –entendidas en el sentido amplio que abarca tanto las directas como las indirectas y las familias-.

1.5. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: CONTENIDO.

Del conjunto de toda esta normativa, tanto supranacional como nacional, y de las distintas posiciones doctrinales, pueden extraerse elementos y datos suficientes para elaborar el estatuto jurídico de la víctima, conformado por una serie de derechos cuya protección viene encomendada al Estado.

Para determinar cual es el contenido de estos derechos que han de conformar el estatuto jurídico de la víctima, distinguiremos dos ámbitos: el plano europeo, que ya acoge en su legislación los principios y derechos reconocidos a las víctimas; y el ámbito español,

¹²²Cfr. TARDÓN OLMOS, María, “*El estatuto jurídico de la víctima*”, pág.15. Revista *Cuadernos de Pensamiento Político* nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24. Disponible en www.fundaciónfaes.org.

¹²³ Cfr. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “*Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal*”, pág. 2829. Ministerio de Justicia nº 2041, 15 Julio 2007. Pág.2827-2843.

¹²⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, Ponencia “*Causas y consecuencias de la invisibilidad*”, en Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*”...Ob.cit. pág. 24.

¹²⁵ Esta es ya, prácticamente, una reclamación unánime por parte de la doctrina.

desde el punto de vista doctrinal, que viene pronunciándose en el sentido de cuál es y cuál debe ser ese contenido.

1.5.a) En el ámbito europeo¹²⁶.

La tan nombrada Decisión Marco del Consejo, de 15 de Marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal se adoptó con el objetivo de mejorar la protección jurídica de sus derechos y ofrecerles una asistencia integral mediante los servicios especializados y organizaciones de apoyo. Para ello, la Decisión Marco establecía un conjunto de obligaciones que los Estados miembros debían incorporar en sus respectivos ordenamientos nacionales.

Siguiendo a García Rodríguez¹²⁷, los derechos recogidos en este estatuto de las víctimas se pueden clasificar en cuatro grupos:

- 1- Información de los derechos y participación en el proceso (arts. 2-1, 3, 4, 5, 6).
- 2- Protección de la seguridad e intimidad de las víctimas (arts 2-1, 15).
- 3.- Reparación e indemnización en el marco del proceso penal (arts 9 y 10).
- 4.- Asistencia a las víctimas, servicios especializados y organizaciones de apoyo (arts 12,13 14).

Sin embargo, la aplicación de las normas establecidas en la Decisión Marco del Consejo de 2001 no fue satisfactoria¹²⁸.

Por ello, la Comisión Europea, tras destacar la necesidad de prestar especial atención a las víctimas de delitos, basándose en los instrumentos existentes, elaboró unas propuestas que tienen por objeto fortalecer el marco jurídico de la víctima introduciendo instrumentos jurídicos directamente vinculantes y que pueden aplicarse adecuadamente por los Estados miembros. Entre ellas, consideró que deben establecerse unas normas mínimas en todos los Estados miembros; así se facilitaría la cooperación judicial, aumentaría la calidad de la justicia y se reforzaría la confianza de los ciudadanos en el propio concepto de “justicia”.

¹²⁶ Para un estudio más completo de esta materia, *vid*, entre otros, VVAA *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (dir. DE HOYOS SANCHO, Montserrat). Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

¹²⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo” en *Estudios de Victimología: Actas del I Congreso español de Victimología*, VVAA (coord. TAMARIT SUMALLA)...ob. cit. págs 132-136. Esta misma clasificación la mantiene TAMARIT SUMALLA en “*La protección de las víctimas en el sistema penal...*”,ob.cit. y TARDON OLMOS en “*El estatuto jurídico de la víctima*”...Ob.cit. pág.14-15.

¹²⁸ Así se ha puesto de manifiesto en Informe de la Comisión, COM (2009)166.

En esta línea, se dispone por la Comisión Europea¹²⁹ que el tratamiento adecuado de las víctimas corresponde a una serie de derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por tanto, los derechos fundamentales deben respetarse.

Igualmente, en el citado documento relativo al “*Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE*”, describe la Comisión, a grandes rasgos, las necesidades de las víctimas que han de ser abordadas para lograr su recuperación: la necesidad de ser reconocidas y tratadas con respeto y dignidad, a ser protegidas y apoyadas, a tener acceso a la justicia, y a obtener indemnización y reparación. Con ello, establece las bases a que debe responder el conjunto de derechos reconocidos a las víctimas, a saber:

1.-Reconocimiento y trato respetuoso: Este derecho nace directamente del derecho fundamental a la dignidad de las personas, que es determinante en la concepción de una sociedad justa. Se considera indispensable para un tratamiento adecuado de las víctimas. Se parte de la idea de que las víctimas son personas y que sus necesidades deben ser reconocidas: las personas que han sufrido delitos esperan ser reconocidas como víctimas, que se reconozca su sufrimiento y que se les trate de manera sensible y profesional.

Se establece una doble necesidad: a) Que los profesionales que están en contacto regular con víctimas de delitos tengan una formación específica y adecuada sobre las necesidades de las víctimas o sobre la forma de determinarlas; y b) Que se proceda de forma periódica a una evaluación de las necesidades individuales de las víctimas.

2.-Protección: Parte de la necesidad de proteger a la víctima tanto ante el mal funcionamiento del sistema judicial, de evitar la victimización secundaria, como de impedir que se produzca intimidación o represalias por parte del delincuente. Para su consecución, destaca la importancia de regular adecuadamente las investigaciones penales y los procedimientos judiciales de forma que se proteja convenientemente a las víctimas, evitando perjuicios, tales como entrevistas repetidas e insensibles.

3.-Apoyo: Este derecho nace del reconocimiento de los efectos devastadores y debilitadores que puede tener la delincuencia sobre las víctimas. Estas, a consecuencia del delito, pueden quedar traumatizadas o incapaces para hacer frente a cuestiones prácticas.

¹²⁹ Comunicación de la Comisión europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “*Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE*” (Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 274 final), pág. 4. Son derechos esenciales: la dignidad humana, el derecho a la vida, a la integridad de la persona, la libertad y la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de los datos personales, el derecho de propiedad, la libertad de circulación y de residencia, la igualdad ante la ley, los derechos del menor y de las personas mayores, la integración de las personas con discapacidad y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Se parte de la necesidad de ayudarlas a superar los obstáculos emocionales, prácticos, administrativos y legales, y a recuperarse. Para ello, ha de establecerse un apoyo adecuado y oportuno¹³⁰.

4.-Acceso a la justicia¹³¹: Trae causa directamente del derecho a la tutela judicial efectiva. Con ello, se podrá recuperar a la víctima del delito. De ahí que se deba proporcionar a las víctimas un acceso efectivo a la justicia de forma que se satisfaga su interés legítimo en que se haga justicia. Implica la necesidad de participación de la víctima en el procedimiento y ello, entre otras medidas, a través de la información a las víctimas -proporcionada en un lenguaje adecuado, de forma que ellas lo entiendan- sobre sus derechos y sobre decisiones y fechas, la posibilidad de asistir al juicio y seguir el caso en su totalidad¹³².

5.-Compensación y reparación: Se centra en la necesidad o expectativa de las víctimas de reparación del perjuicio causado por el delito. Se reconoce tanto la compensación económica -a cargo del delincuente o del Estado- como el pago simbólico.

Para su logro, se establece la conveniencia de instaurar la justicia reparadora, como alternativa, o en combinación con la justicia formal, porque va más allá de la mera compensación financiera al centrarse en la recuperación de la víctima.

Como ya se comentó anteriormente, en cumplimiento del paquete de medidas¹³³ propuesto por la Comisión europea para responder a las necesidades descritas anteriormente y para garantizar que las víctimas en Europa cuenten con un nivel mínimo de derechos, protección, apoyo, acceso a la justicia y reparación¹³⁴ surge la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen *normas mínimas*

¹³⁰ La Comisión europea reconoce, en este punto, que la asistencia prestada por los servicios de apoyo no es de fácil acceso y ha de ser notablemente mejorada a fin de prestar el servicio adecuado a las víctimas de delito.

¹³¹ El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todas las personas ya consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966. Sin embargo, el Pacto solo se limita a los derechos procesales básicos que han de otorgarse a las personas acusadas.

¹³² En este aspecto, la Comisión reconoce, también, que, a pesar de la importancia de este derecho fundamental, en la práctica, en la UE, las víctimas no siempre tienen acceso a estos elementos básicos de la justicia.

¹³³ Según la Comunicación de la Comisión europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “*Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE*”, este paquete legislativo es un primer paso para situar a las víctimas en el corazón de la agenda de justicia penal de la UE. (pag 9).

¹³⁴ Este paquete de medidas, como ya se dijo, consistía fundamentalmente en la adopción, por un lado, de una Directiva relativa al establecimiento de niveles mínimos de derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos, que sustituye a la Decisión marco de 2001; y por otro, de un Reglamento (COM(2011) 276 final de 18 de Mayo de 2011) sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil, que ayude a prevenir los daños y la violencia y garantice que las víctimas (de la violencia doméstica, para ejemplo) que se beneficien de una medida de protección adoptada en un Estado miembro cuenten con el mismo nivel de protección en otros Estados miembros en caso de que se muden o viajen. Tal protección debe otorgarse sin que la víctima tenga que someterse a nuevos procedimientos.

sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹³⁵ que fue aprobada por Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012 y que daría lugar a la definitiva Directiva 2012/29/UE, de 25 de Octubre.

Con anterioridad a esta Directiva de 2012, el Consejo adopta una Resolución en fecha 10 de Junio de 2011, sobre *un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales*¹³⁶, en el que, tras mostrar su apoyo al conjunto de medidas sobre víctimas de delitos propuesto por la Comisión Europea y se basándose en él, se establecen los objetivos generales a que debe atender la actuación de la Unión para reforzar los derechos y la protección de las víctimas. Señala como tales:

“1) Establecer procedimientos y estructuras adecuados para que se respete la dignidad, la integridad personal y psicológica y la intimidad de la víctima en un proceso penal.

2) Fomentar el acceso de las víctimas de delitos a la justicia, fomentando asimismo el papel de los servicios de apoyo a las víctimas.

3) Concebir procedimientos y estructuras adecuados encaminados a prevenir la victimización secundaria y repetida.

4) Fomentar la provisión de interpretación y traducción para la víctima en el marco del procedimiento penal.

5) Cuando proceda, animar a las víctimas a que participen activamente en los procesos penales.

6) Reforzar el derecho de la víctima y de su asesor jurídico a recibir información puntual sobre el proceso y su resultado.

7) Fomentar el recurso a la justicia reparadora y a modalidades alternativas de solución de conflictos, tomando en consideración los intereses de la víctima.

8) Prestar atención especial a los niños, como parte del grupo más vulnerable de víctimas, y tener siempre en mente sus intereses.

9) Velar por que los Estados miembros proporcionen formación, o estimulen la provisión de formación, a todos los profesionales pertinentes.

10) Velar por que la víctima reciba una indemnización adecuada”.

¹³⁵ Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 275 final.

¹³⁶ DOC 2011/C 187/01(Diario Oficial de la Unión Europea 28-6-2011).

aa) -La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y posterior Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Teniendo en cuenta la referida normativa, en fecha 12 de Septiembre de 2012, el Parlamento europeo aprueba la ya citada Propuesta de Directiva *del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* que dio lugar posteriormente a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Viene a modificar sustancialmente la Decisión marco 2001/220/JAI, por lo que, en realidad, supone la sustitución de ésta (Considerando 65).

No obstante su nombre, se reitera en el Considerando (11) que la Directiva establece “normas de carácter mínimo”, de forma que los Estados miembros pueden ampliar los derechos establecidos en ella para proporcionar un nivel más elevado de protección de la víctima frente al delito¹³⁷.

La Directiva, según se recoge en el Considerando (66), en la configuración de esos derechos y normas que establece, respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ante todo, pretende “*promover el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad y la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación, el principio de igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor, de los mayores y de las personas con discapacidad, así como el derecho a un juez imparcial*”.

Para su consecución, reconoce una serie de derechos a las víctimas de delitos -tomando como punto de partida el derecho de éstas a “*ser reconocidas y tratadas de*

¹³⁷ La Directiva reconoce la doble vertiente del delito: por un lado, como *un injusto* contra la sociedad, y, por otro, como una violación de los derechos individuales de las víctimas. (Considerando 9).

*manera respetuosa, sensible y profesional*¹³⁸-, y, además, establece un conjunto de medidas tendentes a su protección, que han de ser llevadas a cabo por los Estados miembros. Todo ello, sin perjuicio de los derechos del infractor¹³⁹.

La Directiva, propone, en algunos casos, soluciones concretas para su efectiva aplicación. Así, en el Considerando (53), al tratar del deber de los Estados de facilitar al máximo la interacción con las autoridades competentes y de limitar el número de interacciones innecesarias que la víctima haya de mantener con ellas, propone recurrir, por ejemplo, a grabar en vídeo las declaraciones y permitir su uso en los procesos judiciales; también al referirse al deber de planificar los procesos penales para evitar el contacto entre las víctimas y sus familiares y los infractores, propone, como ejemplo, citar a las víctimas y a los infractores a audiencias en momentos distintos. Igualmente, en el art.26-2 al referirse a la obligación que compete a los Estados miembros de adoptar las medidas adecuadas, incluso a través de Internet, encaminadas a concienciar sobre los derechos establecidos en Directiva, reducir el riesgo de victimización y minimizar la incidencia negativa de la delincuencia, y los riesgos de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias, añade que *“estas acciones pueden consistir en campañas de información y concienciación, así como programas de investigación y educación, en su caso en cooperación con organizaciones pertinentes de la sociedad civil y otros interesados”*.

El Capítulo 5 está dedicado a la obligación que compete a los Estados miembros de adoptar dos de las medidas que se consideran primordiales para la consecución de la protección de las víctimas y la efectiva aplicación de los derechos reconocidos a las mismas; éstas son:

1-La debida formación de los profesionales (art.25): su objetivo es capacitar a los profesionales para reconocer a las víctimas, tratarlas de manera respetuosa, profesional y no discriminatoria y concienciarlos respecto a las necesidades de éstas.

¹³⁸ Se añade *“sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud. En todos los contactos con una autoridad competente que actúe en el contexto de procesos penales, y cualquier servicio que entre en contacto con las víctimas, como los servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, se deben tener en cuenta la situación personal y las necesidades inmediatas, edad, sexo, posible discapacidad y madurez de las víctimas de delitos, al mismo tiempo que se respetan plenamente su integridad física, psíquica y moral”*. (Considerando 9).

¹³⁹ Entendiendo por tal, a los efectos de la Directiva, no solo a la persona condenada por un delito, sino también los sospechosos y los inculpados, antes de que se haya reconocido la culpabilidad o se haya pronunciado la condena, y se entiende sin perjuicio de la presunción de inocencia (Considerando 12).

Para ello se establecen unas pautas a seguir por los distintos Estados, a saber:

-Ha de impartirse a todos aquellos “*funcionarios*”¹⁴⁰, como los agentes de policía, y el personal al servicio de la administración de justicia que probablemente vayan a entrar en contacto con las víctimas, jueces, fiscales y abogados, así como a las personas que prestan servicios de apoyo a las víctimas y servicios de justicia reparadora.

-Ha de abarcar tanto la formación general como la especializada. Esta ha de tenerse, sobre todo, cuando se intervenga en actividades con víctimas con necesidades especiales, y ha de incluir, si conviniera, formación psicológica especial. También, cuando proceda, esta formación debe tener en cuenta la perspectiva de género.

Se dispone, igualmente, que las personas con probabilidad de intervenir en la evaluación individual para determinar las necesidades de protección especial de las víctimas, así como su necesidad de medidas de protección especial deberán recibir formación específica sobre la forma de efectuar estas evaluaciones.

-Debe mantenerse en el tiempo, de forma que se imparta no solo al inicio de la existencia de posibilidad de intervención con víctimas sino también de manera permanente, durante todo el tiempo que dure la intervención.

-Debe alcanzar un nivel adecuado al tipo de contactos que mantengan con las víctimas, en función de las tareas que “*los profesionales*”¹⁴¹ han de desempeñar y la naturaleza y el grado de contacto que mantengan con las víctimas.

2-La cooperación y coordinación entre Estados miembros (art.26): el objetivo es mejorar el acceso de las víctimas al ejercicio de los derechos que establece la Directiva y el Derecho nacional. Los Estados miembros deben complementar sus actuaciones con orientaciones, recomendaciones e intercambio de mejores prácticas, de conformidad con el “Plan de trabajo de Budapest”¹⁴².

Se establecen unos mínimos que dicha cooperación debe contener:

- a)el intercambio de mejores prácticas;
- b)la consulta en casos individuales; y

¹⁴⁰ Entiendo que debería decir “empleados y trabajadores públicos o privados y los voluntarios que puedan entrar en contacto con las víctimas por razón de su trabajo o voluntariado”, y ello porque así se abarcaría de manera más amplia y exacta a todos los agentes intervinientes sin presumir o “inducir” el estatus laboral de los mismos.

¹⁴¹ Supongo que la Directiva entenderá por tales, en este caso, tanto a los que intervienen con víctimas en su campo de trabajo como a los voluntarios que prestan sus servicios en este ámbito.

¹⁴² Nombre con el que también se conoce la ya citada Resolución de 10 de junio de 2011 sobre un *Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales* (DOC 187 de 28-6-2011), en la que el Consejo declaró que debían tomarse medidas a escala de la Unión para reforzar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

c) la asistencia a las redes europeas que trabajan sobre aspectos relacionados directamente con los derechos de las víctimas.

La coordinación se extiende también a los servicios públicos, que deberán trabajar de forma coordinada e intervenir en todos los niveles administrativos y a escala tanto de la Unión como nacional, regional y local. A tal fin, se invita a los Estados miembros a la creación de servicios comunes a varios organismos, siguiendo el principio de "punto de acceso único" o de "ventanilla única"¹⁴³.

Por otro lado, la Directiva impone el deber a los Estados de fomentar y colaborar estrechamente con las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales reconocidas y que trabajen activamente con víctimas de delitos, especialmente en iniciativas de desarrollo de políticas, campañas de información y concienciación, programas de investigación y educación, y en acciones de formación, así como en el seguimiento y evaluación del impacto de las medidas de apoyo y protección de las víctimas de delitos.

Con relación a los derechos de las víctimas, en el art. 1, referente a la finalidad perseguida por la Directiva -que no es otra que garantizar los derechos que reconoce a las víctimas de delitos-, establece los cuatro bloques o grupos en los que se integran los distintos derechos que se reconocerán seguidamente a las víctimas.

De esta forma, divide los derechos en los siguientes grupos:

- 1.-Derecho a recibir información y orientación (Capítulo 2).
- 2.-Derecho a recibir apoyo (Cap.2).
- 3.-Derecho a recibir protección (Cap.4).
- 4.-Derecho a participar en los procesos penales (Cap.3).

De cada uno de estos grupos de derechos –o derechos “base”- se desprenden otros derechos:

1-El derecho a la información implica el:

-Derecho a entender y a ser entendido (art.3). Ha de producirse desde el primer momento y durante toda la actuación. Ese momento se entiende que es aquel en el que se presenta la denuncia o aquel en el que la autoridad, actuando de oficio, contacta con la víctima¹⁴⁴. Las comunicaciones con las víctimas se deberán hacer en lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito; igualmente, tendrán en cuenta las características

¹⁴³ Así se dispone en el Considerando (62). Estas ventanillas únicas se ocuparían de las múltiples necesidades de las víctimas cuando participen en procesos penales, con inclusión de la necesidad de recibir información, apoyo, asistencia, protección e indemnización.

¹⁴⁴ A efectos de la Directiva, se considera que desde cualesquiera de estos dos momentos se entra en el ámbito del proceso penal (Considerando 22).

personales de la víctima(su conocimiento de la lengua utilizada, su edad, madurez, capacidad intelectual y emocional, alfabetización y cualquier incapacidad mental o física).

-Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente (art.4).Habrá de hacerse lo más pronto posible, sin retrasos innecesarios y versará sobre unos datos concretos con la finalidad de que las víctimas puedan acceder al ejercicio de los derechos establecidos en la Directiva: el tipo de apoyo que podrán obtener y de quién obtenerlo; los procedimientos de interposición de denuncias y su papel en relación con tales procedimientos; el modo y las condiciones en que podrá obtener protección, asesoramiento jurídico, asistencia jurídica o cualquier otro tipo de asesoramiento; el acceso a indemnizaciones; derecho a interpretación y traducción; la forma de obtener el reembolso de los gastos por su participación en el proceso penal; los servicios de justicia reparadora existentes; los procedimientos de reclamación existentes en caso de que la autoridad competente actuante en el marco de un proceso penal no respete sus derechos; los datos de contacto para las comunicaciones sobre su causa; y si residen en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha cometido la infracción penal, las medidas, procedimientos o mecanismos especiales que están disponibles para la defensa de sus intereses en el Estado miembro en el que se establece el primer contacto con una autoridad competente.

-Derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia (art.5). Tales como la entrega a la víctima de una copia por escrito de la denuncia formulada; el uso de su propia lengua u otra que entiendan y de recibir gratuitamente una traducción de la declaración por escrito de la denuncia cuando no entiendan o no hablen la lengua de la autoridad competente.

-Derecho a recibir información sobre su causa (art.6). La víctima, si lo desea, podrá recibir información relativa a la situación en que se encuentra el proceso penal: cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor, sentencia firme, la hora y el lugar del juicio, la naturaleza de los cargos contra el infractor, su puesta en libertad o fuga. La información a la víctima debe enviarse a la última dirección conocida, postal o de correo electrónico, que haya facilitado a las autoridades competentes. Se prevé que en supuestos excepcionales como un caso con un elevado número de víctimas, la información se dé a través de la prensa, un sitio web oficial de la autoridad competente o cualquier canal de comunicación similar.

-Derecho a traducción e interpretación (art.7).Se recoge este doble derecho de las víctimas, que habrá de prestarse de forma gratuita y de acuerdo con su estatuto en el

sistema de justicia penal correspondiente. También se establece la posibilidad de utilización de tecnologías de comunicación (videoconferencias, teléfono, internet).

No obstante, se establecen unos límites al ejercicio del derecho a la información:

-Uno es de carácter general, aplicable a todos y cada uno de los derechos que se recogen en la Directiva; viene determinado por el criterio que cada sistema nacional siga en el reconocimiento del estatuto jurídico de la víctima¹⁴⁵.

-Otro, por el buen fin de la investigación: cuando la divulgación de la información pueda afectar a la correcta tramitación de una causa o ir en detrimento de una causa o una persona determinadas (Considerando 28).

-Si el Estado miembro lo considera contrario a los intereses esenciales de su seguridad(28).

-El propio deseo de la víctima de no recibir tal información (29).

-En otros supuestos el límite lo constituye el mismo Derecho nacional; es el caso del deber de informar a las víctimas de todo derecho a recurrir contra una decisión de puesta en libertad del infractor, solo obliga al Estado si tal derecho existe en la legislación nacional(33).

2.-El derecho a recibir apoyo supone el:

-Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas (Artículos 8 y 9). Si bien deja libertad respecto a la forma de organización (públicas o no gubernamentales, con carácter profesional o voluntario), ha de reunir determinadas exigencias:

-Su ámbito se extiende tanto a la víctima como a sus familiares.

-El apoyo ha de ser adecuado a las necesidades de la víctima y a las de sus familiares; en relación a éstos ha de ser también adecuado al grado de daño sufrido como resultado de la infracción penal cometida contra la víctima. Las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito pueden requerir servicios de apoyo especializados. No obstante, se entiende que los servicios de apoyo a las víctimas no tienen por qué facilitar por sí mismos extensos conocimientos especializados y

¹⁴⁵ En el Considerando (20) se establece que “*El estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal y si pueden participar activamente en procesos penales varían de un Estado miembro a otro en función del sistema nacional, y está determinado por uno o mas de los criterios siguientes: si el sistema nacional reconoce un estatuto jurídico de parte en el proceso penal; si la víctima esta sometida a la obligación legal o a la recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo como testigo; o si la víctima tiene legalmente un derecho reconocido en virtud del Derecho nacional a participar de modo activo en el proceso penal y manifiesta su deseo de hacerlo, cuando el sistema nacional no reconozca a las víctimas un estatuto jurídico de parte en el proceso penal. Los Estados miembros deben decidir cual de esos criterios se aplica para determinar el alcance de los derechos establecidos en la presente Directiva, en los casos en que se haga referencia al estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal correspondiente*”.

experiencia profesionales. Caso de ser necesario, se limitan a ayudar a las víctimas a encontrar el apoyo profesional existente (como psicólogos).

-Debe prestarse desde el momento en el que las autoridades competentes tengan constancia de la víctima y durante todo el proceso penal, así como después de concluido éste por el tiempo oportuno, según las necesidades de la víctima.

-El apoyo se debe facilitar mediante diversos medios, sin excesivos trámites y mediante una distribución geográfica suficiente en el territorio del Estado miembro, de modo que todas las víctimas disfruten de la posibilidad de acceder a tales servicios.

-Debe ser gratuito y confidencial.

-Debe evitarse derivar de forma reiterada a las víctimas de un servicio a otro.

-Su acceso no ha de depender de la interposición de denuncia formal por parte de la víctima ante la autoridad.

Se distingue el servicio general de apoyo y el servicio de apoyo especializado; éste actúa de forma adicional a aquél o como parte del mismo.

Cada uno de ellos tendrá un contenido mínimo(art.9); mientras el primero tiene funciones básicamente de información y asesoramiento, el especializado proporcionará como mínimo refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para las víctimas que necesiten de un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias, así como apoyo específico e integrado a las víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual, las víctimas de violencia de género y las víctimas de violencia en las relaciones personales, incluidos el apoyo para la superación del trauma y el asesoramiento¹⁴⁶.

3.-Derecho a recibir protección:

En términos generales, este derecho implica el establecimiento de medidas para proteger la seguridad -como las medidas cautelares o las órdenes de protección o alejamiento- y la dignidad de las víctimas y de sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen. Esas medidas, cuando sea necesario, podrán incluir también procedimientos establecidos en el Derecho nacional para la protección física de

¹⁴⁶En concreto, los tipos de ayuda que estos servicios de apoyo especializado deben ofrecer pueden consistir en facilitar acogida y alojamiento seguros, atención médica inmediata, derivación de las víctimas a reconocimiento médico y forense para la obtención de pruebas en caso de violación o agresión sexual, asistencia psicológica a corto y largo plazo, tratamiento de traumas, asesoramiento jurídico, acceso a la defensa y servicios específicos para menores que sean víctimas directas o indirectas.

las víctimas y sus familiares (art. 18). Todo ello, claro está, sin perjuicio de los derechos de la defensa.

En concreto, se reconocen los siguientes derechos:

-Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor (art.19). Se extiende a los familiares de aquélla. Para su consecución impone la necesidad de que las nuevas dependencias judiciales y las comisarías de policía cuenten con instalaciones adecuadas, como entradas y salas de espera separadas para las víctimas. Recomienda la adopción de otras medidas como citar a las víctimas y a los infractores a audiencias en momentos distintos.

-Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales (art.20). Las declaraciones deberán llevarse a cabo sin dilaciones injustificadas y solo han de celebrarse cuando sean estrictamente necesarias para los fines de las investigaciones penales; sin llamamientos ni repeticiones innecesarias; con tal fin se invita a los Estados a tomar medidas como grabar en vídeo las declaraciones permitiendo su uso en los procesos judiciales. Los reconocimientos médicos han de reducirse al mínimo y efectuarse únicamente si es necesario para los fines del proceso penal. Las actuaciones por parte de las autoridades han de llevarse a cabo de forma coordinada y con respeto, favoreciendo que las víctimas ganen confianza en las autoridades.

-Derecho a la protección de la intimidad (art.21). Destaca su especial importancia como medio para evitar la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias. Abarca tanto las características personales de la víctima tenidas en cuenta en la evaluación individual, como las imágenes de las víctimas y de sus familiares. Señala medidas como la prohibición o la limitación de la difusión de información relativa a la identidad y el paradero de la víctima. Respecto a los menores, se debe impedir, además, la difusión de cualquier información que pudiera llevar a la identificación de los mismos, salvo en aquellos supuestos en los que pueda beneficiarle como el caso de un secuestro.

-Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección (art.22). Además de los anteriores derechos citados, de carácter general, aplicables a todo tipo de víctimas, se establece la obligación de proceder, lo antes posible, a una evaluación puntual e individual de las mismas para concretar la medidas especiales de protección que necesitan, por tratarse de víctimas particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias. Este riesgo depende de las características personales de la víctima, o del tipo, la naturaleza o las circunstancias del delito.

En consecuencia, las evaluaciones individuales han de tener en cuenta tanto las características personales de la víctima -como edad, sexo, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación, relación con el infractor o dependencia del mismo, experiencia anterior de delitos -como el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias del mismo -si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación, violencia sexual, violencia en el marco de las relaciones personales, si el infractor estaba en situación de control, si la víctima reside en una zona con una elevada tasa de delincuencia o dominada por bandas, o si el país de origen de la víctima no coincide con el del Estado miembro en que se cometió el delito-(Considerando 56).

-Víctimas con necesidades de protección especial (arts.23 y 24). Se hace especial mención a la protección de las víctimas menores de edad (art.24) y a las víctimas con necesidades especiales (art.23), entendiendo por tales, principalmente, además de a los menores de edad, a las mujeres víctimas de violencia de género¹⁴⁷ y a sus hijos, a los extranjeros, a las personas con discapacidad y a las víctimas de terrorismo.

A ambos grupos han de procurársele una serie de medidas específicas tanto durante las investigaciones penales como durante el proceso ante los tribunales, y ello sin perjuicio de los derechos de la defensa y con arreglo a la facultad de apreciación de los tribunales según las normas de cada Estado.

Entre las medidas durante las investigaciones penales se señalan: la declaración se realizará en dependencias adaptadas y por profesionales con formación adecuada o con su ayuda, procurando que sean los mismos en todas las declaraciones y en el caso de víctimas de violencia sexual, de género o violencia en el marco de las relaciones personales, las

¹⁴⁷Con referencia a estas víctimas de violencia de género, es necesario destacar que la Directiva da una nueva visión de los delitos de violencia de género mediante la adopción de un concepto amplio de este tipo de delitos -que ya se venía reclamando por buena parte de la doctrina y de otros sectores sociales y jurídicos- tanto con relación a los sujetos, víctima e infractor, como a la forma de comisión y al resultado del daño o perjuicio que produce. Así, entiende por tal *“la violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado, y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud, y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados delitos relacionados con el honor”*. En cuanto al sujeto activo señala que cuando la violencia se comete en una relación personal, además de la persona que es o ha sido cónyuge o compañera de la víctima, también puede cometer el delito otro familiar de la víctima, tanto si el infractor comparte, o ha compartido, el mismo hogar con la víctima, o no. Por lo que se refiere al tipo de violencia, incluye la violencia económica como forma de comisión del delito junto a la violencia física, sexual y psicológica; y añade que el daño que causa puede consistir en perjuicios económicos, además de en lesiones corporales y daños psíquicos o emocionales. Por último, reconoce la violencia de género como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima. *Vid.* Considerandos 17 y 18 de la Directiva en estudio.

declaraciones se tomarán por una persona del mismo sexo que la víctima, salvo que sean realizadas por un fiscal o un juez y siempre que la víctima así lo desee y no vaya en detrimento del desarrollo del proceso.

Durante el proceso ante los tribunales, se especifican otra serie de medidas, algunas de las cuales coinciden con las de carácter general para todo tipo de víctimas, como aquellas destinadas a evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor -mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas- y las medidas para evitar que se formulen preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal; y, también, se indica la posibilidad de adoptar medidas que permitan la celebración de la audiencia sin la presencia de público.

Con relación a las víctimas menores de edad, se impone el deber de ser consideradas y tratadas como titulares plenos de los derechos reconocidos en la Directiva, y deben tener la facultad de ejercitar esos derechos de forma que se tenga en cuenta su capacidad de juicio propio.

Además de las medidas ya mencionadas, establecidas en el artículo 23, se prevé la posibilidad de realizar las grabaciones de sus declaraciones por medios audiovisuales para su reproducción en juicio como elemento de prueba, así como la designación de un representante legal y derecho a la asistencia letrada en su propio nombre -en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad por existir conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia.

Por último, se establece la presunción de la minoría de edad en aquellos casos en los que no se conozca con certeza la edad de la víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad.

4.-Derecho a participar en los procesos penales:

Partiendo del principio de que no se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes (Considerando 34), se reconoce el derecho de las víctimas a ser oídas cuando puedan declarar o manifestarse por escrito, incluidos los menores de edad.

Se hace referencia también a la Justicia Reparadora como medio resolución de conflictos y se regulan las condiciones mínimas que ésta ha de reunir para garantizar los derechos de las víctimas (art.12)¹⁴⁸.

Este derecho extiende su ámbito al reconocimiento de estos otros derechos:

-Derecho a ser oído (art.10). Se hace un reconocimiento genérico de este derecho y del de aportar pruebas, especificándose que las normas de procedimiento relativas a ellos se determinarán en el Derecho nacional.

-Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento (art. 11). Se regula el derecho de revisión de la decisión en cuestión así como la pronta información suficiente de la misma a la víctima.

-Derecho a justicia gratuita (art.13). Se deberá garantizar a las víctimas el acceso a la asistencia jurídica gratuita, siempre que tengan el estatuto de parte en el proceso penal y las condiciones en las que se desarrolla este derecho se determinarán en el Derecho nacional.

-Derecho al reembolso de gastos (art.14). Es una consecuencia del anterior. Se reconoce la posibilidad de reembolsar los gastos necesarios, incluidos los honorarios de abogados, a las víctimas que hayan participado de forma activa en el proceso porque las autoridades competentes así lo exijan o requieran. Ello, de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente. Las condiciones o normas procesales en las que podrá efectuarse se determinarán, también, en el Derecho nacional, de forma que los Estados miembros podrán fijar plazos de reclamación, del reembolso, cantidades fijas para gastos de subsistencia y viajes, y cantidades máximas diarias de compensación por pérdida de ingresos.

-Derecho a la restitución de bienes (art.15). En el plazo más breve posible y previa autorización de la autoridad competente, se deberá devolver a las víctimas los bienes restituibles que le hayan sido incautados, siempre que no sea necesaria su retención por motivos del proceso penal.

Las condiciones o normas procesales en virtud de las cuales se restituirán tales bienes a las víctimas se determinarán en el Derecho nacional.

-Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal (art. 16). No obstante, el Derecho nacional puede estipular que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial, si bien los Estados miembros

¹⁴⁸ Sobre este punto se incidirá de forma más detallada posteriormente, al tratar el tema de la mediación penal.

sí habrán de promover medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

Se hace especial mención a los Derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro (art.17). Las autoridades competentes de un Estado miembro deberán tomar las medidas necesarias para paliar las dificultades derivadas del hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya cometido la infracción penal, en especial en lo que se refiere al desarrollo de las actuaciones, como tomar declaración a la víctima inmediatamente después de que se presente la denuncia, recurrir cuando se deba oír a las víctimas residentes en el extranjero, a videoconferencia y conferencia telefónica¹⁴⁹. De igual modo, los Estados miembros velarán por que las víctimas de una infracción penal cometida en cualquier Estado miembro distinto de aquel en el que residan dispongan de la posibilidad de presentar la denuncia ante las autoridades competentes del Estado miembro de residencia, y éste la transmita sin dilación a la autoridad competente del Estado miembro en el que se haya cometido la infracción penal.

Se establece que, en caso de que la víctima haya salido del territorio del Estado miembro en el que se cometió el delito, dicho Estado miembro ya no estará obligado a prestar asistencia, apoyo y protección, salvo en lo directamente relacionado con cualquier proceso penal que esté llevando a cabo respecto del delito del que se trate, como las medidas especiales de protección durante los procesos judiciales. El Estado miembro de residencia de la víctima será el que deba proporcionar la asistencia, el apoyo y la protección requeridos por la necesidad de recuperación de la víctima.

Si bien la Directiva hace una relación exhaustiva de los derechos de las víctimas y de las medidas a adoptar para hacerlos efectivos, lo cierto es que, desde mi punto de vista, resulta repetitiva en el reconocimiento de algunos de estos derechos mientras olvida el reconocimiento de otros, tales como el derecho a la verdad con relación a los hechos y a los responsables, el derecho de asociación, el derecho a una investigación oficial y efectiva, a obtener una respuesta del órgano judicial fundada en derecho, el reconocimiento expreso al derecho del derecho a la tutela efectiva, etc. Por otro lado, debía de haberse pronunciado de forma más concreta y definida con relación a la dicotomía derechos del infractor-derechos de la víctima, en lugar de limitarse a reconocer los derechos de las víctimas, usando la fórmula genérica de “sin perjuicio de los del infractor”.

¹⁴⁹ Ello conforme a las disposiciones previstas en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000 (DOC 197 de 12.7.2000, p. 3).

En otro aspecto, remite, en demasiadas ocasiones, la regulación específica del desarrollo de algunos derechos a la legislación nacional de los Estados miembros. Ello, unido al hecho de que el tratamiento de la víctima depende del estatuto jurídico que cada Estado miembro le otorgue en su sistema de justicia penal, limita en exceso un tratamiento igualitario de la víctima y supondrá, en la práctica, la existencia de deficiencias en el tratamiento a la misma.

1.5.b) El ámbito de la legislación española.

En general, la doctrina española viene haciendo distintas clasificaciones de los diversos derechos de la víctima reconocidos por nuestra legislación, o bien que debería reconocer.

Algunos de estos derechos, que formalmente se reconocen a las víctimas en el ámbito procesal español, poseen rango de derecho fundamental, reconocidos por la Constitución, como el artículo 24 CE que confiere una especial protección a la víctima mediante el reconocimiento de una serie de derechos que favorecen su posición en el proceso, como el derecho de acceso al proceso, a la utilización de los medios de prueba legalmente previstos, a la asistencia letrada, a obtener una respuesta judicial que sea respetada y ejecutada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela, la prohibición de indefensión, etc.

A grandes rasgos, desde mi punto de vista, se pueden señalar, entre los principales los siguientes:

1.-Derecho a la tutela efectiva por parte de jueces y tribunales.

Este derecho, de carácter constitucional, queda consolidado como derecho fundamental mediante su reconocimiento en el art.24-1ºCE. Va unido a la interdicción de la indefensión y tiene un contenido genérico que se proyecta a lo largo del proceso, es “un derecho base” del que nace el reconocimiento de otros derechos. Por tanto, este derecho comprende, como ya se ha señalado, una serie de derechos a los que seguidamente se hará referencia.

A pesar de que el art.24-1º CE reconoce a “*todas las personas*” el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, como señala Herrera Moreno¹⁵⁰, normalmente suele ser esgrimido en beneficio de los derechos de los delincuentes y sólo se aplica a la protección de los derechos victimales en casos de extrema y flagrante indefensión.

¹⁵⁰ Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 273.

2.-El derecho de acceder a los tribunales en demanda de tutela de los derechos e intereses legítimos¹⁵¹.

Está comprendido en el art. 24-1º de la CE. La jurisprudencia constitucional considera este derecho de acceso a la jurisdicción como núcleo de la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 16/1999, de 22 de febrero, 75/2001, de 26 de marzo). Para Chocrón Giraldez¹⁵², queda garantizado mediante el reconocimiento de la acción popular y, en especial, de la acusación particular.

La importancia del derecho de acceso a la justicia penal se pone de manifiesto por cuanto, en palabras de Gema Varona, “*resulta fundamental para el establecimiento y la divulgación pública de la verdad, clave para aminorar la victimización y reparar a las víctimas*”¹⁵³. Destaca la autora la necesidad de satisfacer la demanda legítima de justicia de las víctimas, entendida como proceso y resultado, siempre dentro del Estado de Derecho¹⁵⁴.

¹⁵¹ Este derecho se ve seriamente afectado en los ámbitos civil, contencioso-administrativo y social por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, *por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses* -modificada por R. D. Ley 3/2013 de 22 de Febrero, *por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la administración de justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita*-, que impone a la ciudadanía el pago de elevadas y desproporcionadas tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Desde mi punto de vista, sería más adecuado imponer multas -ésta vez sí razonablemente elevadas- y/o condenar a abonar los costes del procedimiento, según el caso, en todos los órdenes, incluido el penal, a aquellos que hacen un uso abusivo e injustificado del mismo o retrasan, de forma injustificada, el normal funcionamiento de la Justicia. En el ámbito penal se dan con bastante frecuencia casos en los que el que inicia el procedimiento mediante denuncia y es, posteriormente, llamado a Juicio en calidad de testigo o denunciante -en especial en los Juicios de Faltas seguidos por Injurias- no comparece ni alega justa causa, y aquellos casos en los que se interpone por una misma persona diversas denuncias contra otra con el único y exclusivo fin de molestarla y perjudicarla, no compareciendo el denunciante, posteriormente, a Juicio sin causa que lo justifique. En realidad, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ya prevé la imposición de multas en determinados supuestos: a testigos por incomparecencia o desobediencia, (arts.175.5.º, 420, 661, 716 y 967.2 de LECrim.) o por no comunicar cambio de domicilio (art.446), por negarse a exhibir documentos y objetos (art. 575); a peritos por incomparecencia o desobediencia (175.5.º, 463, 661 y 967.2 LECrim), o por ocultar circunstancias personales (art. 464), o las multas a funcionarios públicos, facultativos, abogados y procuradores que, con su comportamiento, impidan o retrasen el normal funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 181, 215, 295, 770-1º, todos de la LECrim.). Por ello, tal vez bastaría con mejorar y dar realidad al contenido de estos preceptos y hacer efectivas las multas que establece la Ley, si bien ampliando su ámbito y aumentando, en algunos casos, su cuantía.

¹⁵² Vid. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana Mª, “*Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español*”, pág. 697. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nº 122. Mayo-Agosto 2008, pág. 691-715.

¹⁵³ Cfr. VARONA MARTÍNEZ, Gema, (por parte de la institución del Ararteko: Iñigo Lamarca, Julia Hernández, Faustino López de Foronda, Amaia Pagola, Nieves Oca), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del ARARTEKO al Parlamento Vasco*. ARARTEKO. Vitoria-Gasteiz. Junio 2009, pág. 87.

¹⁵⁴ VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág 597. Sostiene Gema Varona que la justicia como valor ético y jurídico significa la falta de impunidad. Respecto a la Administración de justicia, las administraciones competentes deben procurar la realización efectiva del derecho al acceso a la justicia y a la participación, a la información, a la protección, a la reparación y a la prevención de la victimación, es decir, a que no vuelvan a producirse hechos similares contra ellas y/o contra otras personas. Este último aspecto abarca el derecho a no sufrir victimación secundaria, producida por la

Esta autora señala también que la efectividad de este derecho requiere de la previa existencia de una información precisa y adecuada en cada momento del proceso (sobre su forma de participar, sobre los recursos, sobre el procedimiento...) ¹⁵⁵.

Es preciso resaltar, junto a Cristóbal Fábrega y Ramón Sáez ¹⁵⁶, que el derecho de acceso a la Justicia implica también la provisión por las autoridades, tanto judiciales como policiales, de una investigación oficial y efectiva, que lleve a un resultado positivo en la búsqueda de la verdad.

3.-Derecho de participación en el proceso.

Se trata de otro derecho de la víctima directamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva. Tiene, por tanto, rango de derecho fundamental. Una vez que la víctima accede al proceso, tanto la CE (art.24-1º) como la LECrim (art. 110 LECrim), le reconoce el derecho a ser parte en el mismo y a constituirse en acusación particular.

El derecho de la víctima a la participación en el proceso comprende el de ser oída durante las actuaciones -lo que, en el caso de extranjeros, incluye el derecho a un intérprete-, a intervenir en ellas -implica el derecho al uso de videoconferencias cuando sea necesario y así lo acuerde el Juez o Tribunal- y a aportar elementos de prueba, acordes con el ordenamiento jurídico, en defensa de sus intereses legítimos.

Las víctimas deben de tener derecho a participar en las decisiones que les afectan. La participación de la víctima en el proceso y, por tanto, en la solución de su conflicto, resulta de gran trascendencia para el reconocimiento jurídico de la víctima puesto que, tal como señala Herrera Moreno ¹⁵⁷, si la víctima no es parte formal, el vínculo con el conflicto alcanza su máximo nivel de ruptura, y, con ello, la víctima cae en la marginación, en la expulsión de su propio conflicto.

Sin embargo, como ya se ha señalado, para el ejercicio de este derecho, es necesario que la víctima se haya personado en el proceso, por lo que no está suficientemente reconocido, de forma efectiva, en nuestro derecho.

indiferencia o la negligencia de la sociedad y de las propias instituciones y profesionales que deben protegerlas, atenderlas y colaborar con ellas.

¹⁵⁵ También Subijana Zunzunegui destaca la especial importancia que tiene la calidad de la información referida al modo de ejercicio de la tutela jurídica ante los órganos judiciales y las condiciones de participación de la víctima en el proceso. *Vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología nº 73. Granada 2006, pág.228.

¹⁵⁶ *Vid.* FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “La víctima y la mediación penal” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. pág. 63. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, págs 52-73.

¹⁵⁷ *Vid.* HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 274.

En opinión, que comparto, de Marina Sanz-Diez¹⁵⁸, esta restricción no encuentra justificación, máxime teniendo en cuenta los costes -tanto a nivel personal como económico- que puede suponer la participación en un proceso penal, por ello podría resultar conveniente arbitrar medidas para la intervención puntual de la víctima que no es parte en el proceso¹⁵⁹.

4.-Derecho a recibir, respecto a su pretensión, una respuesta del órgano judicial fundada en derecho, razonada y motivada.

La víctima necesita una respuesta concreta y adecuada a su pretensión, con fundamentación jurídica, que ponga fin a su cuestión y tutele suficientemente sus derechos e interés legítimo. Es preciso que la víctima conozca los criterios jurídicos que fundamentan la decisión judicial.

Ello implica, también, que la respuesta se de en un plazo razonable, de forma que no haga ilusoria la efectiva aplicación de la Ley y, en consecuencia, la buena administración de Justicia. Tal y como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, este derecho no implica un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada¹⁶⁰.

Subijana Zunzunegui¹⁶¹ entiende que el derecho a la obtención de una respuesta jurisdiccional comprende: la justificación argumental de lo decidido –motivación-, el conocimiento fidedigno de lo resultado –notificación- y la completa realización de lo acordado –ejecución-.

5.-El derecho a la ejecución de lo acordado.

Es decir, a que se respete y ejecute la respuesta judicial obtenida pues, de lo contrario, la Administración de Justicia carece de sentido, queda vacía de contenido. Este derecho es consecuencia del anterior: de nada sirve a la víctima obtener una respuesta a su

¹⁵⁸ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho...*ob.cit. págs 289. Esta autora critica también, con buen acierto, el hecho de que la declaración de la víctima durante la fase de instrucción no se regule como diligencia autónoma, en paralelo a la del imputado, sino que se equipara a la declaración de los testigos. Op. cit. pág. 290.

¹⁵⁹ Ello sin perjuicio de los escasos y fragmentarios derechos que ahora se le reconocen aún sin ser parte, como el derecho a la notificación de algunas resoluciones judiciales (art.506-3ºLECrim. notificación de auto de situación personal del imputado, arts. 779-1-1º y 782-2º a) notificación sobreseimiento de la causa, art.785-3º notificación de fecha y lugar del Juicio, art.789-4º y 792-4º notificación de sentencia).

¹⁶⁰ SSTC 148/1997, de 28 de septiembre, 33/1989 de 13 de febrero, 191/1992 de 16 de noviembre, 37/1993 de 8 de febrero, 217/1994 de 18 de julio, 111/1995 de 4 de julio, 85/1997, de 22 de abril, 120/1997, de 1 de julio, y 138/1997 de 22 de julio, entre otras.

¹⁶¹ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología nº 73. Granada 2006, pág.330.

conflicto si no se hace posteriormente efectiva. En la realidad, este derecho es seriamente conculcado puesto que una gran parte de lo acordado en sentencia a favor de las víctimas – tanto en cuanto a indemnización y reparación se refiere como al cumplimiento de la pena impuesta al culpable de la infracción penal- no llega a cumplirse, siendo, incluso, numerosas las penas que prescriben. Ello se debe, en gran parte, a la acumulación de trabajo que pesa sobre los Juzgados unido al gran número de obstáculos con los que ha de enfrentarse el órgano ejecutor al momento de dar cumplimiento a la sentencia.

6-Derecho a la participación en la fase ejecutiva.

Derivado del anterior, resultaría lógico y conforme a Derecho que se reconociera a la víctima el derecho a intervenir en la ejecución de lo acordado por tener interés legítimo en ello y afectarles directamente el curso que la ejecución siga. Sin embargo, este derecho es apenas reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, salvo en excepcionales y restrictivos casos¹⁶², lo cual es dura y unánimemente criticado por la doctrina.

El segundo apartado del artículo 24 de la Constitución recoge algunas de las garantías procesales que afectan también a las víctimas como:

7.-El juez ordinario predeterminado por la ley.

Uno de los derechos con carácter fundamental recogido en el art.24-2º de la Constitución. Trata de garantizar la independencia e imparcialidad del órgano judicial, dos presupuestos incuestionables para una buena administración de Justicia.

8.-Derecho a la defensa y a la asistencia letrada.

Recogido, igualmente, de forma expresa en el art.24-2º de CE; es uno de los presupuestos del derecho a un proceso justo y con todas las garantías. En la práctica, se enfoca en mayor medida hacia el imputado constituyendo uno de sus derechos más destacados. Con relación a la víctima, solamente se le reconoce este derecho para el caso de que sea parte formal en el proceso, no así si actúa en calidad de testigo, sin perjuicio de la asistencia jurídica especializada que se presta a determinados grupos de víctimas o a las de determinados delitos. Aunque de contenido más amplio, está estrechamente relacionado con el derecho a la utilización de medios de prueba y con el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

9.-Proceso público sin dilaciones indebidas.

¹⁶² Se dispone que ha de oírsele en algunas ocasiones: indulto (art. 24 de la Ley sobre ejercicio de la gracia de indulto), suspensión de la condena (art. 88 Código Penal).

Este derecho, de carácter fundamental (art. 24-2º de la CE), merece especial consideración dada la vital influencia que ejerce sobre los demás. De todos es sabido que una Justicia tardía no es Justicia¹⁶³.

Sobre qué ha de entenderse por un proceso sin dilaciones indebidas se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el sentido de que es aquel que no se desenvuelve en condiciones normales, que dura más de lo razonable, atendiendo a las circunstancias de la causa, en concreto, a la complejidad del caso, el comportamiento de los litigantes y la conducta de los órganos judiciales¹⁶⁴.

La importancia de este derecho se pone de manifiesto en la inclusión de la circunstancia atenuante de dilación indebida y extraordinaria prevista en el art.21-6º del Código Penal¹⁶⁵, que proporciona a los tribunales una herramienta para reparar al procesado la lesión de este derecho fundamental. Con esta atenuante se viene a consolidar, tal como señala Marín de Espinosa¹⁶⁶, la doctrina jurisprudencial acogida en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1999, que adoptó definitivamente la solución de reparar judicialmente la vulneración del derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas computando en las penas aplicables los males injustificados que el procesado ha sufrido por el funcionamiento anormal de la justicia.

Así, mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de su individualización, se establece la posibilidad de reparar al procesado el derecho vulnerado a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, se echa de menos, una vez más, la existencia en la legislación española de una vía de reparación a la víctima por la vulneración de este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

¹⁶³ Ha de recordarse que la administración de justicia española y el proceso penal español son, a todas luces, excesivamente lentos y, en consecuencia, injustos y claramente dañinos para la víctima.

¹⁶⁴ Para establecer el carácter razonable de la duración del procedimiento, el Tribunal Constitucional ha acogido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha perfilado el criterio de plazo razonable con relación al derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (sirvan como ejemplo SSTEDH, caso Vernillo de 20 de febrero de 1991, caso Robins de 29 de julio de 1997, caso Estima Jorge de 21 de abril de 1998 y caso González Doria Durán de Quiroga de 28 de octubre de 2003). Un estudio más detallado de estos tres criterios que definen el plazo razonable y su aceptación por el Tribunal Constitucional español, así como una exposición de las críticas doctrinales que ello ha provocado, lo encontramos en IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003, ob.cit. págs 55 a 67.

¹⁶⁵ Conforme art.21-6.º C.P. “*La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*”.

¹⁶⁶ Vid. pág 95, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS Elena B. “*La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento*”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 6 (2011), págs. 79-108. En esta obra encontramos un detallado análisis de esta circunstancia atenuante, incluyendo, además, otras posibles vías de reparación para el procesado.

A pesar del reconocimiento constitucional de este derecho, catalogado como fundamental, la tardanza, como mantiene Iñiguez Ortega¹⁶⁷, constituye un mal endémico de nuestra Justicia Penal. Precisamente, el funcionamiento retardado de la Administración de Justicia, como ya señaló Herrera Moreno¹⁶⁸, afecta muy especialmente a las víctimas del delito.

Para que este derecho quedara completamente garantizado y evitar los retrasos injustificados sería necesario, tal como sostiene Marín de Espinosa¹⁶⁹, que se dotara a la Administración de justicia de más medios, tanto materiales como personales. Y ello acompañado, desde mi punto de vista, de reformas procesales que conlleven mejoras en la tramitación de los procedimientos, dotándolos de mayor celeridad y flexibilidad.

10-Derecho a utilización de los medios de prueba pertinentes.

Recogido en el art. 24-2º de la CE; tiene, por tanto, carácter de derecho fundamental. Deviene del derecho a participar en el proceso y consiste en la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con los intereses de la víctima, en este caso, y del presunto culpable por otro lado, o de otras partes que están personadas, lo que dará lugar a un proceso contradictorio en el que cada parte podrá hacer uso de los medios de prueba que las leyes ponen a su alcance.

Sin embargo, la práctica de la prueba está sometida a unos límites; responde a la finalidad de obtener conocimiento sobre el hecho acaecido y los autores, sobre los hechos que se discuten. Así, debe proponerse en el momento procesal oportuno y ajustarse a las exigencias y condiciones impuestas por las leyes. La prueba propuesta ha de ser útil y pertinente. Corresponde a los órganos judiciales decidir sobre la admisión de las pruebas que sean pertinentes para la resolución del pleito.

11-Derecho a la asistencia gratuita.

Si bien goza del rango de ser un derecho constitucional, recogido en el art.119 de la Constitución, carece del carácter de derecho fundamental. El precepto constitucional establece que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

¹⁶⁷ Vid. IÑIGUEZ ORTEGA, Mª Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003, pág. 52.

¹⁶⁸ Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág 273.

¹⁶⁹ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS Elena B. “*La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento*”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 6 (2011), págs. 79-108, op.cit. pág.107.

El acceso y contenido de este derecho queda supeditado a lo dispuesto por Ley de Justicia Gratuita, de forma que sólo cuando se reúnan los requisitos previstos en ella se tendrá derecho a su disfrute. De esta forma, el art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Justicia Gratuita, informa sobre los requisitos que han concurrir con carácter general para tener acceso a este derecho, salvo las excepciones por circunstancias relativas al ámbito personal que se establecen en el art.2¹⁷⁰.

Una vez más, al contrario que en el caso del imputado, para el que se entiende este derecho como una auténtica garantía, institucionalizada en su beneficio, por lo que se refiere a la víctima, apenas tiene acceso a este derecho puesto que se viene interpretando de forma restrictiva, entendiéndose que ya encuentra amparo en la figura del Ministerio Fiscal¹⁷¹.

12.-Representación de los intereses de las víctimas por el Ministerio Fiscal¹⁷².

¹⁷⁰ A grandes rasgos, lo tendrán los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, siempre que litiguen en defensa de derechos o intereses propios, o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal.

¹⁷¹ Conforme al art. 3-5º de la citada Ley, vigente hasta la reforma operada por Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de Febrero, solamente a las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo (a éstas también se les reconoce este derecho en el art. 48 de la Ley 29/2011, de reconocimiento y protección integral de las víctimas de terrorismo) se les prestaba de inmediato, cuando la solicitaran, defensa jurídica gratuita especializada, sin necesidad de que acreditaran previamente carecer de recursos; ello sin perjuicio de que si no se les reconocía con posterioridad el derecho a la misma, éstas debían abonar al Abogado, y al Procurador cuando interviniera, los honorarios devengados; igualándolas así en el tratamiento a los detenidos y presos. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2013 de 22 de Febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita se amplía -en teoría- este ámbito al disponer el art 2 “g) *Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor.*

*A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere este apartado, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento. h) *Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos*”.*

¹⁷² Esto no significa, tal como señala Pérez Cepeda, que el Ministerio Fiscal se convierta en “abogado de las víctimas”, puesto que tiene encomendada la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos (incluidos los de la víctima y el delincuente) y el interés público tutelado por la ley (art.124 de la CE). *Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación”ob.cit. pág.461. En este mismo sentido, Vid. HERRERA MORENO, M. La hora de la víctima..., ob. cit. pág.275.*

Como complemento al art.124 de la Constitución que regula la misión e intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, el art. 773-1 L.E.Crim¹⁷³ le impone la tarea de velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. No obstante, ha de señalarse que una cosa es velar por la protección de los derechos de las víctimas y otra distinta es el propio interés de la víctima¹⁷⁴, por lo que uno y otro factor no siempre coinciden.

En la defensa que ha de ejercitar el Ministerio Fiscal prevalece, ante todo, el interés público. Por ello, en ocasiones, existe un divorcio entre el interés defendido por el Ministerio Público y el interés de la víctima. A ello ha de añadirse que en la práctica – como se expondrá más adelante- no hay, en general, contacto alguno previo entre el Ministerio Fiscal y la víctima.

13.-Derecho a la reparación, restitución o indemnización de la responsabilidad civil derivada del delito.

El Código Penal en los artículos 109 y sig. recoge este derecho de las víctimas y perjudicados por el delito. Debe señalarse que una de las características más loables de nuestro sistema procesal es que posibilita el ejercicio simultáneo de la acción penal, para averiguar la perpetración del delito y la culpabilidad del delincuente, y la acción civil, para indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios sufridos. Con ello, se pretende resarcir a la víctima de forma más rápida y efectiva, además el Ministerio Fiscal ejercitará esta acción en beneficio del interesado, lo cual repercute positivamente, tal como señala Viñuelas Limarquez¹⁷⁵, en los sectores de la población menos dotados económicamente, facilitando la defensa de su derecho.

Cristóbal Fábrega y Ramón Sáez¹⁷⁶ resaltan la necesidad del derecho a una reparación adecuada, debiendo ser la víctima objeto de un trato humano y respetuoso con su dignidad, que comprenda la restitución, la indemnización del daño, la satisfacción y la garantía de no repetición, buscando, además, su participación en la recuperación del orden perturbado.

¹⁷³ Dispone el art. 773. 1. “*El fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito*”.

¹⁷⁴ Al interés de la víctima, se refiere, entre otros, VILSON FARIAS en *La reparación de la victima desde un enfoque criminológico y civil*. Editorial de la Universidad de Granada 2011, págs 118 y sig.

¹⁷⁵ Vid. VIÑUELAS LIMARQUEZ, María, “*La víctima. Estatuto y mecanismo de protección*”, pág. 6. Disponible en www.mjusticia.gob.es. Noviembre 2010.

¹⁷⁶ Vid. FÁBREGA C. y SAEZ R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág.70.

Gema Varona¹⁷⁷ distingue también en la reparación cinco tipos de respuesta, a saber, restitución, indemnización, readaptación, satisfacción y garantías de no repetición. Para esta autora, la reparación implica respuestas médicas, psicológicas, jurídicas, administrativas, materiales (incluyendo posibles aspectos relacionados con la vivienda, la educación, la formación y el empleo), sociales y espirituales¹⁷⁸.

Sin embargo, en la práctica, este derecho choca frontalmente con un exceso de burocracia, con la sobrecarga de trabajo en los Juzgados y Tribunales y con aquellos casos en los que el obligado a indemnizar no puede hacerlo o es declarado insolvente, sin más, es decir, sin apenas investigación del patrimonio del condenado y una total falta de seguimiento posterior de la adquisición de la solvencia como la ley exige.

14.-Derecho a recibir tratamiento físico y/o psíquico.

Se trata de un derecho derivado del art. 43 CE. A la víctima habría de dársele el tratamiento médico adecuado al daño ocasionado en su salud mental y/o física. No obstante, en la práctica, tal como señala Herrera Moreno¹⁷⁹, no existe un seguimiento especial dependiendo de la condición de la víctima, la cual demanda una especial sensibilización en el trato profesional médico así como una atención especializada, contribuyendo así a un empeoramiento de la situación de victimización secundaria. Y ello a pesar de que la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas vino a mejorar el conjunto de derechos asistenciales para las víctimas del delito.

15.-Derecho a ejercer la acción popular.

Reconocido en el art. 125 CE, que consagra el derecho al ejercicio de la acción penal por cualquier ciudadano. Queda también reconocido en los arts 101 y 270 de la L.E.Crim. Es una de las formas del derecho de participación en el proceso penal. Además de la acusación particular, se establece la posibilidad de que otras instituciones puedan acceder al proceso, mediante la acción popular, para proteger sus intereses.

16.-Derecho de asociación.

Tiene su razón de ser en el art.22 de la CE. Herrera Moreno¹⁸⁰ distingue tres grupos de asociaciones dependiendo del tipo de tutela que pretenda: tutela social (víctimas vulnerables, como niños, mujeres maltratadas, etc), tutela socio-económica (asociaciones de consumidores) y política (asociación de víctimas del terrorismo).

¹⁷⁷ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág 87.

¹⁷⁸ Respuestas que sí recoge la Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas de terrorismo, que establece indemnizaciones, ayudas, prestaciones y garantías respecto a la salud, vivienda, empleo, enseñanza y formación de las víctimas de actos terroristas.

¹⁷⁹ Vid. HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima...*, ob. cit. pág. 278.

¹⁸⁰ Vid. HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima...*, ob. cit. pág. 279.

17.-Derecho a ser informado de los derechos que le asisten dentro del proceso.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación por parte de secretarios judiciales (arts.109 y 776-1º) y policía judicial (art.771-1º) de informar, lo antes posible, a las víctimas de los derechos que le asisten y de las medidas asistenciales a las que pueden acceder. También la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, recoge el deber de informar a las víctimas por parte de todos los agentes jurídicos intervinientes en la investigación penal¹⁸¹.

Este deber de información comprende todas las fases del proceso penal, y, tal como señala Chocrón Giráldez¹⁸², su contenido, acerca de los derechos y medios de ejercitarlos, ha de ser adecuado y ha de hacerse de una forma comprensible, precisa y exacta desde el primer contacto de la víctima con las autoridades judiciales y policiales, de tal manera que huya de cualquier atisbo de automatismo.

El derecho a ser informado, exteriorizado a través de la diligencia de ofrecimiento de acciones, abre la puerta de entrada al procedimiento a las víctimas y perjudicados por el delito, e inicia el camino a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, al libre acceso al proceso, a la defensa y, en definitiva, al resto de los derechos procesales reconocidos a las víctimas¹⁸³.

Su importancia es tal que, además de su reconocimiento formal¹⁸⁴, en aquellos casos en los que ha sido infringido, el Tribunal Constitucional ha otorgado amparo a las

¹⁸¹ En el art. 15 establece los deberes de información, de forma que: “1. *Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley. 2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado. 3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. 4. (modificado por el art. 11 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.) La víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso”.*

¹⁸² Vid. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “*Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal*”, pág 2833, Ministerio de Justicia nº 2041, 15 Julio 2007. Pág. 2827-2843.

¹⁸³ El art.771-3º de la L.E.Cr. dispone que, a partir de ese momento, los que se personaren (exigencia ésta que ya ha sido criticada con anterioridad), “*podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga, acordando el juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias*”

¹⁸⁴ En concreto, el art. 771-2º de la L.E.Cr. impone la obligación de practicar la diligencia de información por el medio más rápido posible en el caso de que no se halla podido efectuar al inicio del procedimiento (desde la denuncia o conocimiento de la *notitia criminis*), si bien no impedirá, por razones de celeridad, la continuación del procedimiento.

víctimas y perjudicados, por apreciar la existencia de indefensión al no habersele hecho el preceptivo ofrecimiento de acciones¹⁸⁵ o, incluso, habersele hecho de una forma defectuosa que igualmente causara indefensión¹⁸⁶.

18.-Derecho a obtener protección y seguridad de los órganos judiciales.

Las víctimas tienen derecho a que se proteja su vida y su integridad física respecto de las amenazas, coacciones y otras agresiones, especialmente graves, que puedan proceder, de nuevo, del agresor. Este es un derecho fundamental reconocido en la Constitución (art.15).

En palabras de Reynald Ottenhof¹⁸⁷, la protección penal de las víctimas quedaría en papel mojado si no se acompañara de los medios de protección que permitan la puesta en práctica de los instrumentos que la ley les confiere para hacerla efectiva.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el art.13, considera una prioridad, a realizar desde el primer momento, la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, de sus familiares o de otras personas que puedan verse afectadas.

Ello se conseguirá mediante la adopción de medidas cautelares, en concreto, las previstas en el art.544 bis, en los casos de víctimas de los delitos que recoge el art.57 del CP¹⁸⁸, y la orden de protección establecida en el art.544 ter, para víctimas de violencia doméstica, ambos de la LECrim. Incluso se recoge la posibilidad de decretar la prisión provisional para evitar que el agresor pueda atentar contra los bienes jurídicos de la

¹⁸⁵ En este sentido, véanse, entre otras, las STC 94/2001, de 2 de Abril, 140/97, 98/93.

¹⁸⁶ STC 66/1992, de 29 de Abril y STC 94/2001, de 2 de Abril, a título de ejemplo.

¹⁸⁷ Cfr. REYNALD OTTENHOF, “¿De qué protección penal disponen las víctimas?”, pág.131. Revista Eguzkilore (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología) nº 25, San Sebastián. Diciembre 2011, pág 127-133.

¹⁸⁸ Conforme al art. 57-1. del Código Penal: “*Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave....*”. Y, según determina el art. 48 CP, estas medidas podrán consistir en:

“1. *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.*

2. *La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.*

3. *La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual .*

4. *El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.*

víctima¹⁸⁹, sin que en estos casos exista el límite impuesto respecto a la pena, que se exige en los demás supuestos¹⁹⁰.

En los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, se prevé, además, como medida de protección específica, el derecho de la víctima a que se le comuniquen los actos procesales que puedan afectar a su seguridad (Art.109 LECrim).

En orden a proteger también la integridad de la víctima, se establecen en el ordenamiento jurídico español¹⁹¹ una serie de medidas a adoptar durante el procedimiento: declaración mediante videoconferencia, la figura del testigo protegido, etc. Se trata también, de impedir que las víctimas-testigos sean intimidadas y puedan prestar, en definitiva, testimonio libremente.

Ahora bien, aún cuando, como pone de manifiesto Ferreiro Baamonde¹⁹², el proceso penal no puede dejar de atender una de las principales solicitudes de las víctimas que se concreta en el aseguramiento de su integridad y la respuesta ante nuevos ataques por parte del victimario durante la tramitación y con posterioridad al proceso, lo cierto es que, como ya se ha comentado a lo largo de este trabajo, la escasa o, incluso a veces, nula efectividad de todas estas medidas son la tónica general en el ámbito de la protección de la seguridad de la víctima.

A modo de recordatorio, Marina Sanz-Díez¹⁹³ señala algunas de estas deficiencias, tales como la necesidad de generalizar el uso de salas reservadas a las víctimas y extenderlas tanto a las sedes judiciales como a las dependencias policiales, generalizar la información sobre la situación procesal y penitenciaria del imputado, extender la posibilidad de declarar de forma que se evite la confrontación visual con el imputado.

Y éstas sin olvidar las deficiencias que presentan otras medidas como la orden de protección, las medidas al testigo protegido la misma prisión provisional etc.

¹⁸⁹ Art.503-1-3º c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁹⁰ Conforme al art. 503-1-1º de la L.E.Cr., será necesario que “conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso”.

¹⁹¹ Véase, además de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal, la Ley 19/1994, de 23 de Diciembre, de Protección de peritos y testigos en causas criminales, que establece diversos grados de reserva sobre su identidad en los procesos, la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, que establece medidas que van desde la protección de datos a la orden de alejamiento.

¹⁹² Vid. FERREIRO BAAMONDE. *La víctima en el proceso penal*. La Ley. Madrid, 2005, Op. cit. pág. 400.

¹⁹³ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español”, pags 296-297. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), nº 57.VOL. LVII, 2004. Pág 219-310.

19.-Derecho de asistencia integral.

Comprende asistencia material, médica, psicológica, económica y social. Ha de ser obligación de los poderes públicos facilitar el acceso a las mismas y debe ser la adecuada para cada delito y cada víctima, tal como ya se señaló¹⁹⁴.

Para que este derecho sea efectivo y llegue a todas las víctimas¹⁹⁵, es necesario que se conceda de forma independiente de la denuncia de los hechos, de la detención o de la situación en que se encuentre el victimario.

Tal como señala Sanz Hermida¹⁹⁶, se trata de un instrumento imprescindible para que el sistema de justicia funcione y para que la protección de las víctimas sea real y efectiva, erigiéndose, así, en un instrumento adecuado para medir la eficacia de un sistema jurídico.

A pesar de su importancia, como ya se puso de manifiesto, es uno de los que presenta mayores carencias tanto en cuanto a información como a prestación del servicio.

No obstante, la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, puede considerarse el avance de un estatuto jurídico de los derechos de las víctimas, en este caso referido a las mujeres víctimas de violencia de género¹⁹⁷. También en el caso de las víctimas de terrorismo, la Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas de terrorismo, pretende configurar un estatuto jurídico a su favor.

Comparando el tratamiento legal dispensado a ambos grupos de víctimas, cabe convenir con Sanz-Diez¹⁹⁸, que en general, la normativa relativa a las víctimas de actos terroristas es más generosa que la relativa a las víctimas de otros delitos dolosos violentos regulados por Ley 35/95.

El derecho de asistencia integral a las víctimas, conforme señala Gema Varona¹⁹⁹, debe regirse por los principios de coordinación, gratuidad, simplicidad y rapidez en los procedimientos, inmediatez y continuidad en el ofrecimiento de la asistencia, y protagonismo de las víctimas en su reparación, de forma que se inscriba en un proyecto

¹⁹⁴ Véase epígrafe 1-3) “*Servicios de atención a las víctimas en España*”.

¹⁹⁵ Hay un gran número de víctimas que no denuncian por miedo, presiones, desconfianza hacia el sistema e, incluso, porque ellas mismas ignoran su posición de víctimas.

¹⁹⁶ SANZ HERMIDA, Agata, *Victimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Iustel. Madrid 2009, op.cit. pág. 69-70.

¹⁹⁷ En este mismo sentido, Vid. TARDÓN OLMOS, María, “*El estatuto jurídico de la víctima*”, pág.19. Revista *Cuadernos de Pensamiento Político* nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24. Disponible en www.fundaciónfaes.org.

¹⁹⁸ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima* ...Ob. cit. pág. 280.

¹⁹⁹ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág. 87.

más general de desvictimación o reintegración social. A lo que sería conveniente añadir, según mi opinión, el principio de no discriminación de la víctima, puesto que dada la actual regulación y las enormes diferencias que se aprecian entre las distintas leyes que tratan de proteger de forma integral a las víctimas a las que va dirigida la norma, se produce una situación de auténtica e injustificada discriminación entre las víctimas.

20.-Derecho a la intimidad.

Es un derecho constitucional de carácter fundamental, recogido en el art.18 de la Constitución.

Implica la adopción de las medidas adecuadas para preservar la intimidad de las víctimas, tales como restringir la publicidad que los medios de comunicación puedan dar de la vida privada de la víctima y su familia, así como la difusión de imágenes o fotografías²⁰⁰; y restringir el acceso a las audiencias del juicio oral de forma que las sesiones se celebren a puerta cerrada.

La ya citada Ley 35/1995 reconoce este derecho a las víctimas y establece que será el Ministerio Fiscal el encargado “*de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal*”(art.15-5).

21.-El derecho a la verdad.

La víctima ha de conocer con precisión el hecho violento y sus responsables.

Este es uno de los principales derechos que habría de reconocerse a las víctimas. La idea de “*verdad*” está estrechamente relacionada con la idea de “*justicia*”: solo a través de la verdad se puede alcanzar la justicia. Y para llegar a la verdad es preciso que se lleve a efecto una investigación efectiva, rápida, completa e imparcial. De esta forma, queda puesta de manifiesto la relación entre el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la verdad.

Gema Varona deja clara esta relación al decir que la justicia como principio o valor ético-jurídico fundamental, en conexión con el derecho a la verdad, “*implica simultáneamente un proceso y un resultado, dentro del Estado de Derecho, que significa ausencia de impunidad. La impunidad se produce cuando no se declara públicamente la responsabilidad de los autores de la victimación y la obligación de reparar*”²⁰¹.

²⁰⁰ En este sentido, art.3-1 de la Ley 19/1994, de protección de peritos y testigos.

²⁰¹ Cfr. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág. 276.

Cristóbal Fábrega y Ramón Sáez²⁰² destacan también la importancia de este derecho.

La Ley 4/2008, de 19 de junio, del Parlamento Vasco, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo,²⁰³ reconoce el derecho a la verdad, referido a las víctimas de terrorismo, en el art.7; y en la exposición de motivos señala que constituye un aspecto esencial para aliviar el sufrimiento de las víctimas. Conforme a esta Ley, Verdad entraña el derecho a tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas de las violaciones perpetradas y su motivación.

Ha de señalarse que esta ley 4/2008, de 19 junio, supone un avance en el ámbito de la víctima porque configura su posición jurídica y enumera los derechos de los que es titular. Básicamente, establece siete derechos sobre los que se asienta la posición jurídica de la víctima: el derecho a la justicia, el derecho a la dignidad, a la reparación –comprende la reparación moral, personal y material-, a la participación, el derecho a la verdad, el derecho a la memoria y el derecho a la convivencia en paz y libertad.

22.-El derecho a la memoria.

Reconocido en el art. 8 de la Ley 4/2008, supone el reconocimiento público, conmemoraciones y homenajes y el fomento de una memoria colectiva que exalte los derechos humanos y deslegitime la violencia. En realidad, más que un derecho se configura como un deber público para evitar la impunidad. Así, la exposición de motivos de la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo, vincula el derecho a la memoria al derecho a la verdad y señala que “*si verdad es conocimiento de los derechos, memoria es reconocimiento social de los mismos*”. De esta forma, la memoria lleva al “*reconocimiento público y oficial del sufrimiento causado en un inocente y de la significación política de su condición de víctima*”.

²⁰² Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág.63.

²⁰³ Gema Varona hace un estudio detallado de esta Ley en su obra, ya citada, VARONA MARTÍNEZ, Gema, (por parte de la institución del Ararteko: Iñigo Lamarca, Julia Hernández, Faustino López de Foronda, Amaia Pagola, Nieves Oca), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del ARARTEKO al Parlamento Vasco*. ARARTEKO. Vitoria-Gasteiz. Junio 2009. Esta obra constituye un exhaustivo e interesante estudio sobre la situación jurídica y atención institucional dispensada a las víctimas del terrorismo, centrado en los derechos que les asisten legalmente así como en el trato que reciben de las distintas instituciones; finalmente la autora propone una serie de medidas para mejorar la situación de las víctimas del terrorismo en el proceso y en la sociedad. Lo cierto es que, si bien el trabajo está especialmente dirigido a las víctimas del terrorismo, es perfectamente extrapolable, en muchos de sus aspectos, a las víctimas en general.

Memoria entendida, según dice ese Preámbulo, como lugar de encuentro entre la sociedad y las víctimas.

23.-El derecho a la dignidad.

Reconocido a nivel constitucional en el art.10-1º CE²⁰⁴.

La ya citada exposición de motivos de la Ley 4/2008 del Parlamento Vasco declara que con la regulación del derecho a la dignidad de las víctimas (referidas en este caso a las víctimas del terrorismo) *“se pretende garantizar que las víctimas sean tratadas con humanidad y respeto a su dignidad y derechos, recogiendo una serie de medidas apropiadas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico y la intimidad de las víctimas y sus familiares”*. Se señala además que *“el respeto a la dignidad de las víctimas implica un tratamiento adecuado de la información, la protección de la intimidad y la imagen, así como la garantía de que las víctimas no sean objeto de vejaciones, agresiones u otros tratos despectivos, humillantes o degradantes”*.

En el ámbito estatal, la Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo, también alude a este derecho al dedicar el art.61 a la *“Defensa del honor y la dignidad de las víctimas”*, disponiendo que *“El Estado asume la defensa de la dignidad de las víctimas”*.

La Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en el art.15-3, hace alusión a tan solo el interrogatorio de la víctima al disponer que *“en todas las fases del procedimiento de investigación, el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad”*.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el art.5-2,c), establece como uno de los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad *“Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos...”*.

Este derecho tiene un contenido amplio e indeterminado que comprende el respeto a la víctima y la obligación de darle un trato adecuado a su situación particular, incumbiendo a los poderes públicos el deber de velar por su cumplimiento.

²⁰⁴ Según el art. 10.1 de la Constitución Española, *“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 fundamento del orden político y de la paz social”*. Para Gema Varona esta alusión constitucional a la dignidad como antesala de la regulación de los demás derechos implica que ésta se configura como un *prius* lógico de forma que constituye, no solo un valor jurídico fundamental de nuestro ordenamiento interno, sino que también posee una dimensión tanto individual como colectiva que justifica su concepción como límite en el ejercicio de derechos fundamentales. *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág 262.

Sanz Hermida²⁰⁵ resalta la importancia del derecho a la dignidad como presupuesto para el ejercicio y la defensa de los derechos de las víctimas. Así, expone que este derecho debe estar presente en todas las actuaciones en las que intervenga la víctima (preprocesal, procesal y extraprocésal).

Las víctimas deben ser tratadas en todo momento con respeto a su dignidad personal, con reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos. Para ello es imprescindible, como ya se puso de manifiesto, que las personas que trabajan en este ámbito estén debidamente formadas y coordinadas, y dotadas de los recursos adecuados²⁰⁶.

No obstante, como ya ha quedado patente a lo largo de este trabajo, la aplicación práctica de este derecho en el ámbito penal español brilla por su ausencia.

Sería interesante, como medida de impulso para el logro de un mejor trato a la víctima, adoptar, extendiendo al ámbito de la víctima en general, la propuesta de Gema Varona²⁰⁷ referente a la promoción del Posgrado de Asistencia a Víctimas de Hechos Traumáticos, que ya se viene impartiendo, en su especialización de victimación terrorista, desde el año 2007 con la colaboración de la Dirección de Derechos Humanos, la Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo, ambas del Gobierno Vasco, y la Universidad del País Vasco. Con ello, se trata de garantizar un trato adecuado hacia las víctimas y que puedan actuar como agentes multiplicadores de la formación y la sensibilidad victimológicas. |

24.-Derecho al resarcimiento público.

Este derecho, entendido como derecho de la víctima a una compensación pública, es de relativa reciente aparición en el ámbito jurídico español. Así, es la Ley 35/95, de 11 de Diciembre de 1995, *de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra*

²⁰⁵ Vid. SANZ HERMIDA, Ágata, *Victimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Iustel. Madrid 2009, págs 52-55. En este mismo sentido se pronuncia Gema Varona al decir que las víctimas requieren un trato digno, respetuoso y personalizado en todas las fases de la victimación y, en su caso, del proceso penal. Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág.86.

²⁰⁶ También Gema Varona declara al respecto que “*La dignidad se configura como marco de la convivencia justa y pacífica del Estado de Derecho. La dignidad de las víctimas debe respetarse mediante políticas públicas proactivas, coordinadas, participativas y que cuenten con profesionales formados victimológicamente. Las instituciones deberán impedir, y en su caso reparar, los menosprecios contra la estima que como ser humano merece toda persona por el mero hecho de serlo, atendiendo, de forma particular, los contextos de vulnerabilidad de la victimación terrorista*”. Cfr. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág. Pág.594. Igualmente, Marina Sanz-Díez se pronuncia sobre la necesidad de programas de formación dirigidos a las personas que están en contacto con las víctimas para lograr la efectividad de este derecho. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español-*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), nº 57.VOL. LVII, 2004. Pág 219-310. Op. cit. pág. 290-291.

²⁰⁷ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Atención institucional a las víctimas del terrorismo...*, ob.cit. pág. 595-596.

la libertad sexual, la que constituye, tal como señala Herrera Moreno²⁰⁸, un primer paso de progreso hacia un reconocimiento más amplio de este derecho si bien, en la práctica, se ve seriamente restringido debido, sobre todo, a la escasez de recursos financieros.

Con posterioridad aparecen las ya citadas Leyes sobre víctimas del terrorismo -Ley 32/1999 de solidaridad con las víctimas del terrorismo, la Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo y Ley 4/2008, de 19 de junio, del Parlamento Vasco, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo- que reconocen este derecho con gran amplitud a las víctimas de actos terroristas que sufran no solo daños personales físicos o psíquicos sino también daños materiales, estableciendo indemnizaciones, prestaciones y ayudas, a todos los niveles.

25.-El derecho a la paz, la libertad y la convivencia.

Uno de los pilares fundamentales de un Estado social, democrático y de Derecho (art.1 de CE) es, sin lugar a dudas, un estado de convivencia en paz y libertad.

Por ello, los poderes públicos han de velar, de forma especial, por su consecución y mantenimiento²⁰⁹. Así, deberán adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias, promoviendo cuantas actuaciones favorezcan el desarrollo de la libertad, la seguridad y la igualdad entre ciudadanos y grupos, y removiendo los obstáculos que impidan que sean efectivas y reales. Para el logro de una convivencia en paz han de seguirse políticas que reafirmen y defiendan los derechos humanos.

Uno de los caminos más seguros para lograr esa convivencia es la promoción de la Justicia. El mismo art. 1 de la Constitución española propugna, entre otros, como valor superior del ordenamiento jurídico la justicia.

Sin embargo, y muy a pesar de este reconocimiento constitucional y de la máxima importancia que entraña, es público y notorio que, actualmente, la administración de justicia, como medio de consecución de la justicia para el establecimiento y mantenimiento de una convivencia en paz y libertad, se encuentra en un estado de total y absoluta decadencia, no sólo no goza de la atención prioritaria a su favor que merece, sino que, por de más, es objeto de reformas en su estructura, organización y dotación presupuestaria que la abocan a un inminente caos y destrucción.

²⁰⁸ Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág.276.

²⁰⁹ Vilson Farias llega a concluir que “*sin la protección de la víctima no hay ciudadanía*”. Cfr. VILSON FARIAS, *La reparación de la víctima desde un enfoque criminológico y civil*. Editorial de la Universidad de Granada 2011, pág. 117.

La Justicia que no llega a tiempo, no es Justicia, pero en adelante, en muchos casos, ni siquiera llegará.

Si ya en años anteriores la administración de justicia se venía aplicando de forma tardía, las últimas reformas llevadas a cabo²¹⁰ impedirán, con toda certeza, que la administración de justicia pueda desenvolverse dentro de los mínimos límites de un Estado de Derecho, con los riesgos y peligros que ello conlleva.

No obstante, y en este marco social, el derecho a la convivencia en paz y libertad se encuentra recogido, de forma específica, en el art.9 de Ley 4/2008, de 19 de junio. En la exposición de motivos, nº 3, de la misma se indica el significado de este derecho: la prohibición de forma clara y categórica del uso de la fuerza ilegítima destinada a causar un estado de terror generalizado independientemente de las razones, cualesquiera que sean, con las que se pretenda justificar.

La Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo, también se hace eco de este derecho en el art. 59, dedicado a la “*Educación para la defensa de la libertad, la democracia y la paz*”.

26.-Derecho a la intervención en la solución del conflicto, a la reconciliación y la relación recíproca entre víctima y delincuente.

Estos derechos no son actualmente reconocidos de forma expresa en nuestra legislación²¹¹, aunque desde mi punto de vista deberían ser regulados. En realidad, son fruto de la nueva visión del derecho penal, un derecho penal que apuesta por una mayor intervención y consideración de la posición de la víctima en el proceso.

Se concreta en el derecho de la víctima a participar de forma activa en la resolución de su propio conflicto a través del encuentro con el victimario, para lograr la reconciliación y, en su caso, el perdón hacia el infractor, y la obtención de una respuesta negociada y conforme con sus intereses y derechos, de forma que alcance una reparación adecuada y efectiva.

A estos derechos nos referiremos más adelante con mayor detalle.

1.6. DE LA NORMA A LA PRÁCTICA.

²¹⁰ Entre las que destacan la prácticamente nula dotación presupuestaria, que conlleva una enorme reducción de convocatorias de plazas a cubrir en el ámbito de la administración de justicia o la supresión de las figuras de jueces y fiscales sustitutos, así como las modificaciones llevadas a cabo relativas al acceso a la asistencia gratuita, o la peculiar Ley de Tasas Judiciales y, en definitiva, otras tantas que la van deteriorando.

²¹¹ Alude a ellos, entre otros, BERISTAIN IPIÑA, A. en *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*”. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1994, pág. 222.

Compartiendo la opinión de Pérez Cepeda²¹², si bien resulta loable la declaración de todos estos derechos, el problema radica en que paralelamente no se establecen, en la mayoría de los casos, las condiciones reales (tanto en el plano material como legal, de desarrollo de estos derechos) necesarias para que sean efectivos. Y ello, a pesar de la opinión de Maza Martín para quien nuestro ordenamiento jurídico es precisamente uno de los que, con todas sus limitaciones, mayor atención ha venido dispensando a la situación del perjudicado/víctima del delito, en el ámbito procesal²¹³.

A pesar del reconocimiento legal de estos derechos de la víctima, el proceso penal actual no responde en absoluto a las pretensiones de los mismos. Por el contrario, el proceso penal se torna, en la mayoría de los casos, en un suplicio para la víctima -provocando la victimización secundaria- hasta el punto de que, en muchas ocasiones, opta por no denunciar los hechos punibles de los que ha sido objeto, ocasionando con ello que la maquinaria de la justicia no se ponga en marcha y el infractor quede impune.

Cuando esa denuncia se ha producido y la maquinaria de la Justicia se pone en funcionamiento, la víctima se enfrenta a un proceso largo, penoso y costoso²¹⁴, en el que el trato que se le dispensa la aboca a sucesivas revictimizaciones. Los actos de comunicación con ellas en el proceso -que se constituyen generalmente en testigos- y los llamamientos a las comparecencias en las sedes judiciales incluyen duros apercibimientos de graves consecuencias si no son atendidos. La desinformación, las largas esperas en las dependencias judiciales -en muchas ocasiones junto al victimario y su familia-, las dilaciones procesales, los retrasos o las inopinadas suspensiones de las diligencias, enfrentan a las víctimas a problemas a veces más graves, más costosos y más perjudiciales que el propio hecho delictivo que han sufrido.

²¹² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*”...ob. cit. pág. 461.

²¹³ Vid. MAZA MARTÍN, José Manuel, “*Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito*”. Cuadernos Derecho Judicial 1994. Vol. 29, pág. 157-222. Apunta, como ejemplo, desde la posibilidad, no común en otros países, del ejercicio de acciones penales y civiles, a través de la acusación particular, hasta la propia figura de la acción popular, verdaderamente insólita en Derecho comparado, así como el pago de las costas originadas por esas intervenciones con cargo al mismo condenado.

²¹⁴ En las Conclusiones del Seminario de Mediación Penal, celebrado en Madrid en fecha 1 a 3 de Junio de 2005, se ponía de manifiesto que la víctima debe asumir un papel protagonista en el proceso penal, siendo acreedora de un tratamiento que le permita reconocerse como un igual moral al infractor y que su derecho a la dignidad sea en todo caso respetado (conclusión 1). Igualmente se señala que el tratamiento victimológico reclama, además, evitar que la víctima sea sometida a actuaciones fútiles o reiterativas, debiendo los órganos judiciales procurar la pertinencia y estricta necesidad de los llamamientos al proceso (conclusión 5). Vid. *Conclusiones sobre el seminario de Mediación Penal* (Madrid, uno a tres de Junio de 2005). Colección Conclusiones de Seminarios Vol. 7- 2005. CGPJ. Disponible en www.poderjudicial.es.

La traducción práctica de esos derechos legalmente reconocidos a las víctimas sería la siguiente:

1.-La víctima, como ya se ha señalado, se enfrenta a un proceso penal largo, penoso²¹⁵ y costoso. La investigación de los hechos que denuncia se verá entorpecida por el descontrol y la descoordinación entre órganos judiciales, policiales e institucionales, la enorme carga de trabajo que pesa sobre todos los órganos intervinientes, la burocracia que rige cada una de las actuaciones, la excesiva rigidez del proceso penal, la falta generalizada de medios materiales y de personal en la administración de justicia y en sus organismos colaboradores, etc. Todo ello provoca que la víctima no obtenga la tutela judicial efectiva que reclama: la respuesta judicial llega tarde, demasiado tarde, y, en la mayoría de los casos, resulta inadecuada para satisfacer las necesidades de la víctima.

2.-No tiene derecho a la Justicia gratuita desde el primer momento, por lo que no puede ser parte en el proceso si su economía o situación no se lo permiten desde el inicio del procedimiento. No puede, por tanto, intervenir en el proceso en igualdad de condiciones con el infractor (salvo, tal como ya se apuntó, las víctimas de violencia de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato a las que sí se les reconoce este derecho a la Justicia gratuita con carácter inmediato).

Tampoco obtendrá el reembolso de los gastos económicos que haya devengado para obtener la tutela de sus derechos mediante el proceso penal.

3.-Queda relegada a un segundo plano, con lo que se le ocasiona una gran indefensión por cuanto no se atenderá a sus necesidades ni a sus intereses, de forma que a la finalización del proceso no verá satisfechas sus pretensiones; tampoco las económicas o resarcitorias puesto que no se investiga lo suficiente el patrimonio del condenado ni se persiguen sus bienes hasta la total satisfacción de sus responsabilidades civiles. Por tanto, tampoco se satisface su derecho a la reparación, restitución o indemnización de la responsabilidad civil derivada del delito. En el mejor de los casos, a la víctima de una infracción criminal que, además, haya sufrido un perjuicio económico a consecuencia del hecho, solo se le indemnizará (si se le indemniza) con el valor tasado del objeto dañado por el hecho, sin obtener indemnización o reparación alguna por los numerosos perjuicios causados por el hecho criminal (por ejemplo, los daños morales o psicológicos que el ser

²¹⁵ Sobre los efectos que el desarrollo del proceso puede producir en la víctima, véase, entre otros, SANCHEZ GONZÁLEZ, Antonio, “*Reacciones de las víctimas ante el desarrollo del proceso policial y judicial de su caso*” disponible en www.fundacionfive.com. Este autor expone, de forma escueta pero clara, la incidencia psicológica que supone para la víctima la vivencia del proceso.

víctima de un delito siempre produce) ni tampoco por los derivados del proceso (pérdidas de días de trabajo, de tiempo, costes de transporte, molestias en general, etc)²¹⁶.

4.-Los intereses de las víctimas no siempre coinciden con la defensa del interés público que compete al Ministerio Fiscal ni con la defensa que éste haga de la víctima.

Téngase en cuenta que el Ministerio Fiscal no se entrevista previamente ni conoce a la víctima hasta el mismo día de celebración del Juicio Oral.

5.-Las resoluciones, en la mayoría de los casos, se adoptan de espaldas a ella, sin que ni tan siquiera tenga conocimiento de las mismas (salvo que esté personada y si no lo está solo excepcionalmente se le notificarán algunas resoluciones), por lo que se ve privada de su derecho a recurrir aquellas decisiones que considere contrarias a sus intereses.

6.-No es informada debidamente de las vicisitudes y desarrollo del proceso²¹⁷ (salvo los casos puntuales y que defectuosamente establece la LECrim). Además, en la mayoría de los casos, esa información no se transmite en un lenguaje comprensible para la víctima. Y ello a pesar de que, como señala González Vidosa²¹⁸, la información es el primer derecho de las víctimas, sin él difícilmente podrían ejercitar ningún otro y, por tanto, debe realizarse en un lenguaje claro y comprensible para la víctima y en tono tranquilizador.

Otros obstáculos añadidos, en la práctica, son, como señala González Vidosa²¹⁹, el propio horario de atención al público de los Juzgados y el empecinamiento de algunos funcionarios judiciales en sólo dar la información a través de la representación, y no al interesado.

Además el deber de información a las víctimas por parte de policía judicial y secretario judicial que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal se traduce en la práctica en una mera constancia escrita de la información, prevaleciendo la constancia de la firma

²¹⁶ Sobre el efectivo resarcimiento y reparación del daño, se puede afirmar, tal como mantiene Vilson Farias, *que tal cosa no existe*. Señala el autor la grave consecuencia de esta afirmación por cuanto con ello, *se fomenta, sin quererlo, la delincuencia en virtud de la sensación de despenalización que genera al propio delincuente, en el caso de ser condenado, el hecho de que la víctima sea ajena y no responda ante ella sino ante un sistema impersonal*. Cfr. VILSON FARIAS, *La reparación de la víctima desde un enfoque criminológico y civil*. Editorial de la Universidad de Granada 2011, pág. 41.

²¹⁷ En las citadas Conclusiones del Seminario de Mediación Penal se indica también que la reforma de la LECrim. operada por la Ley 38/2003, no recoge, en puridad, las prescripciones de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, al establecer mandatos generales de información sin tomar en cuenta la expresa voluntad de la víctima a ser informada. Aclara que el derecho a la información de la víctima no puede hacerse de espaldas a sus propios intereses de participación y de conocimiento (conclusión 4). *Vid.* Conclusiones sobre el seminario de Mediación Penal (Madrid, uno a tres de Junio de 2005). Colección Conclusiones de Seminarios Vol. 7- 2005. CGPJ.

²¹⁸ *Vid.* GONZALEZ VIDOSA *¿Qué es la ayuda a la víctima?*. Editorial Atelier. Barcelona 2001, pág.28.

²¹⁹ *Vid.* GONZALEZ VIDOSA *¿Qué es la ayuda ...* Ob.cit. pág. 33.

de la víctima en el procedimiento, es decir, que conste realizada la diligencia de información y ofrecimiento de acciones, sobre la efectiva información a la víctima, esto es, que éstas conozcan y comprendan realmente el significado de su contenido.

7.-Las medidas cautelares que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite adoptar con la finalidad de proteger a las víctimas del delito resultan en muchas ocasiones, a todas luces, insuficientes e inútiles²²⁰.

8.-El proceso penal se pierde en una maraña de formalismos que en rara ocasión permite que emerja la verdad por lo que la víctima tampoco verá satisfecho este derecho a que se conozca con precisión lo ocurrido y a los responsables del hecho criminal, provocando con ello una defectuosa, incompleta, y, en consecuencia, ineficaz administración de la justicia²²¹.

9.-Las condenas, si llegan, tardan, a veces, muchos años en ejecutarse, aún cuando hayan sido impuestas por delitos muy graves a sujetos que entrañan una elevada peligrosidad criminal, que acaban encontrándose en paradero desconocido. Esta situación genera una sensación de gran desasosiego e inquietud en la víctima, además del sentimiento de desamparo y la clara percepción del fracaso de la Justicia.

10.-Tampoco el trato concedido a las víctimas es, en general, el más respetuoso con su derecho a la dignidad. Por un lado, los agentes intervinientes carecen, en su mayoría, tanto de la formación o especialización adecuada, como de la especial sensibilización²²²; y, por otro, el sistema judicial y policial actual no posee la infraestructura necesaria para dispensar, en la práctica, un trato digno a las víctimas (las oficinas carecen de las dependencias adecuadas y de los medios materiales y personales necesarios, así como el mismo proceso penal se presenta como un proceso “estanco” en el que la víctima no tiene cabida más que como mero testigo).

²²⁰ Piénsese, solo a título de ejemplo, en la gran cantidad de transgresiones de la orden de alejamiento por parte del obligado, lleve o no pulsera electrónica.

²²¹ Si no se conoce la verdad, no se puede lograr justicia. Esta idea la pone también de manifiesto la magistrada Manuela Carmena que mantiene que el Tribunal tiene que saber qué es lo que ha pasado para llevar a cabo una decisión justa, y para ello considera necesario introducir en el proceso penal el diálogo, la conversación, técnicas de entrevista y de intercambio, en lugar del interrogatorio. Solo conociendo la verdad se pueden alcanzar los objetivos del proceso penal, entendidos como prevención/reparación/castigo: *“no hay manera de hacer un castigo útil, que valga para cambiar la conducta de la persona que tiene que regir su conducta si lo tenemos que hacer con la venda en los ojos que representa la estatua de la Justicia”*. Vid. CARMENA CASTRILLO, M. Intervención en Mesa Redonda: *“Posibilidades de resolución dialogada de conflictos penales”* en *Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo Madrid, 3-4 de octubre 2002. www.uc3m.es/larevistilla.

²²² Muchos de los agentes que intervienen en el tratamiento a la víctima desde el inicio del procedimiento (entendido éste desde el instante mismo en el que se produce la infracción penal) hasta que finaliza, desconocen por completo, incluso, la misma existencia del término “victimización secundaria”, cuánto más el contenido y significado de la misma y, por supuesto, la forma de evitar que se produzca.

11.-Las víctimas, en general, no reciben la asistencia que necesitan -en absoluto, la integral- ni en el momento oportuno²²³.

Tal como señala Herrero-Tejedor²²⁴, la corriente garantista que nace fundamentalmente de la Constitución establece todo un sistema de garantías para el infractor en todas las fases del proceso, aún antes de su comienzo. La instauración del derecho a un proceso con todas las garantías del que es titular el encausado ha dejado arrinconada a la víctima del delito, siendo su posición en el proceso deficitaria. La tutela de sus derechos no aparece desde la fase de instrucción, preocupándose la ley prioritariamente de la averiguación del delito, del delincuente y de sus derechos fundamentales; de ahí que el proceso penal se base en el binomio Estado-imputado y que a la víctima se la considere doctrinalmente “*la gran olvidada del sistema procesal*”²²⁵, a pesar de que, en teoría y formalmente, la justicia penal parezca tenerla en consideración en cuanto que le reconoce una serie de derechos.

En definitiva, podemos concluir con Herrero-Tejedor²²⁶, que el imputado es el gran protagonista del proceso penal; no en vano Martínez Solares se refiere al derecho penal diciendo “*La historia del derecho penal es la historia del delincuente*”²²⁷.

Sin embargo, ya es hora de que a la víctima se le dé el protagonismo que merece; no solo por su propia y personal protección en virtud de la obligación que tiene el Estado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, sino también porque su mayor protección y consideración legal repercute en beneficio de toda la sociedad. La actitud de la víctima

²²³ Y ello, a pesar de que, como sostiene Martínez Solares, “*Las lesiones físicas y psicológicas no atendidas correctamente, no sólo destruyen cuerpo, mente y espíritu de la víctima: destruyen un proyecto de vida de varios individuos (familiares, amigos, conocidos...) y, en última instancia, de la sociedad*”. Cfr. MARTINEZ SOLARES, Verónica, “*Victimas y Justicia Penal*”, pág. 226, en *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia penal*. García Ramírez, Sergio, y Vargas Casillas, Leticia (coords.). IJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica n° 129, 1ª edición. 2003, págs 213-236, disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/65/pr/pr28.pdf. También publicado por la revista CODHEM (Comisión de Derechos Humanos del Estado de México). Enero-Febrero 2004, págs. 76-88.

²²⁴ Vid. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, “*La posición de la víctima y de los perjudicados en el proceso penal*” pág.3351. Revista Estudios Jurídicos n° 2004. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid. Mayo 2004., pág.3333-3357. Disponible en www.cej.justicia.es.

²²⁵ Afirmación que, en palabras de Queralt, se ha convertido ya en tópica. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España y perspectivas internacionales*” en *Derecho, proceso penal y victimología*, VVAA (dir. por REYNA ALFARO, Luis Miguel). Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. Disponible en conf-mediacion.perspectivas.doc. De hecho, este término ha dado lugar a títulos de obras tales como *La hora de la víctima* de HERRERA MORENO ob.cit., *Victimas olvidadas* de TAMARIT SUMALLA, J.M, (coord.) Edit. Tirant lo Blanch. Sevilla, 2010 y *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento* de SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología n° 73. Granada 2006.

²²⁶ En este sentido se pronuncia HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, “*La posición de la víctima y de los perjudicados en el proceso penal*”. Revista Estudios Jurídicos n° 2004. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid. Mayo 2004., pág.3333-3357. Disponible en www.cej.justicia.es.

²²⁷ Cfr. MARTINEZ SOLARES, Verónica, “*Victimas y Justicia Penal*.....Ob.cit. pág. 222.

ante el sistema judicial y su comportamiento con el mismo resultan determinantes para potenciar su efectividad y rendimiento²²⁸. La confianza que la Administración de Justicia inspire a las víctimas es un factor decisivo para que éstas presenten denuncias. La decisión de no denunciar, manteniendo así oculta la comisión del hecho delictivo, confiere a la víctima un importante papel en el control y prevención del crimen que debe tenerse en cuenta²²⁹.

Resalta también el papel de la víctima en la persecución del delito Herrera Moreno para quien la denuncia y la cooperación victimal son un instrumento básico e insustituible en la prevención de la criminalidad y considera que el silencio de la víctima es “*el mas activo y explícito exponente de un insatisfactorio funcionamiento institucional*”²³⁰.

La víctima se erige así en la vía más adecuada de incoación del procedimiento, se transforma en la “*llave del procedimiento*”²³¹; es la “*activadora*”²³² del sistema de justicia penal, hasta el punto de que su falta de denuncia implicará el desconocimiento de la cifra del crimen e impedirá la prevención general del delito²³³.

La víctima constituye, pues, un factor importante en el control social y en la prevención del delito. Esta es también una de las razones por las que es necesario que se reconozcan y garanticen los derechos de las víctimas y que se les dé una respuesta legal a sus necesidades reales²³⁴.

²²⁸ Fábrega C. y Saez R. señalan como indicadores muy significativos de la eficacia y calidad de un sistema legal la actitud de la víctima hacia el mismo y la respuesta de éste a las expectativas de la víctima. Vid. FÁBREGA C y SAEZ R. “*La víctima y la mediación penal*”, pág. 68, en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ. 2010, págs 52-73.

²²⁹ García Pablos de Molina se refiere, igualmente, a la víctima como poderosa fuente de información sobre el crimen real y oculto que padece la sociedad y no detectan las estadísticas oficiales. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*Momento actual de la reflexión criminológica*”... ob.cit. pág 24.

²³⁰ Cfr. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Edersa. Madrid 1996, pág. 195.

²³¹ En palabras de Fábrega C y Sáez R. Cfr. FÁBREGA C y SAEZ R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico*...Ob.Cit. pág.67.

²³² Terminología usada por Martínez Solares. Cfr. MARTINEZ SOLARES, Verónica, “*Victimas y Justicia Penal*” en *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia penal*. Pág. 221. (coords. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y VARGAS CASILLAS, Leticia). IJJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica nº 129, 1ª edición. 2003, págs 213-236.

Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum//cont/65/pr/pr28.pdf.

También publicado por la revista CODHEM (Comisión de Derechos Humanos del Estado de México). Enero-Febrero 2004, págs. 76-88.

²³³ También Landrove Díaz alude a “*la mejor comprensión del fenómeno criminal en función de la actividad de la víctima*”. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., “*Las víctimas ante el derecho español*” en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, nº 21, pág. 174.

²³⁴ Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ. 2010, págs 52-73.

Tal como destaca Ceballos Martín²³⁵, el apoyo a la víctima incentivaría las denuncias y este cambio de comportamiento político-criminal conduciría a un mayor conocimiento de la realidad criminal disminuyendo la cifra negra.

Es necesario lograr ya un proceso con todas las garantías y ello precisa, de manera ineludible, garantizar un papel efectivo y adecuado a las víctimas²³⁶.

Constatado, sobradamente, el fracaso del actual sistema de justicia penal resulta imprescindible, una vez analizadas las causas de este mal funcionamiento, no solo eliminar los fallos del sistema, sino también buscar otras vías de resolución de conflictos que ayuden a la consecución de una justicia más eficaz y eficiente, que garantice los derechos de los ciudadanos -englobando éstos, lógicamente, tanto a víctimas como a infractores- y los proteja.

Fernández Bermejo²³⁷ señala como posible fundamento del fracaso del sistema penal su carácter heterocompositivo, en el que los problemas se solventan porque viene un tercero dotado de autoridad, toma una decisión y sobre un papel da la respuesta; se trata de una administración de justicia basada en un sistema vertical de solución de problemas, donde se prescinde de la horizontalidad, de aquellos que están implicados en el conflicto.

Desde mi punto de vista, en este marco jurídico, dos de las metas más importantes a alcanzar son la inmediatez²³⁸ en la aplicación de la justicia y la adecuación de la respuesta judicial e institucional a las pretensiones resarcitorias y protectoras de las víctimas²³⁹.

Y para su consecución no puede prescindirse, tal como señala Fernández Bermejo²⁴⁰, de la aplicación de los modelos de autocomposición; en concreto, de la mediación penal de la que más adelante trataremos.

²³⁵ Vid. CEBALLOS MARTÍN “*Presente y futuro de la victimología*” en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 75, 2001, pág. 619.

²³⁶ En este sentido se pronuncia, entre otros autores, Ignacio José Subijana. Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología nº 73. Granada 2006, pág.331.

²³⁷ Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “*La Justicia penal en nuestro sistema jurídico: de la teoría a la práctica*”, pág. 22, en *Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo Madrid, 3-4 de octubre 2002, pág. 15-28. www.uc3m.es/larevistilla. El autor plantea la cuestión de la posible incompatibilidad del sistema heterocompositivo con la sociedad democrática, en la que el sistema vertical debe ser complementado por otras modalidades más horizontales, de participación en la solución de conflictos.

²³⁸ La inmediatez es importante tanto a efectos de protección de la víctima como por motivos de seguridad ciudadana, en general. Constituye un factor de medición de la eficacia del Derecho penal.

²³⁹ El nivel de satisfacción de las víctimas con el sistema penal es otro instrumento de medición de la eficacia del mismo.

²⁴⁰ Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “*La Justicia penal en nuestro sistema jurídico...Ob.cit.* pág. 23.

En el mismo sentido, Ordeñana Gezuraga²⁴¹ manifiesta que ante este panorama no cabe quedarse quietos y reclama soluciones. Considera necesario innovar para el progreso social sostenible. Y en el ámbito del proceso penal, uno de los elementos que puede contribuir a la innovación es la mediación penal, por lo que es necesaria su ordenación y normalización en el ordenamiento jurídico español.

A este respecto, María Tardón²⁴² opina que, tal vez, antes de pensar en cómo mejorar el actual sistema de protección a las víctimas de los delitos, debiera exigirse el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico actual por parte de los distintos operadores jurídicos y policiales que intervienen en alguno de los momentos del proceso.

Sin embargo, por parte de los responsables públicos no se da ni una ni otra solución.

En opinión, que comparto, de Pérez Cepeda²⁴³, se sigue esperando en el actual Estado social y democrático de Derecho una respuesta contundente, real, por parte del legislador y de las instituciones, que ampare y desarrolle los derechos de las víctimas de hechos criminales, así como que le conceda un papel relevante en el proceso penal.

Queda, pues, aún mucho camino que recorrer y se ha de seguir profundizando en la mejora de los derechos y en la atención de los intereses de las víctimas en el sistema penal.

1.7. LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO VÍCTIMA-INFRACTOR.

Para mejorar la situación de la víctima en el sistema jurídico penal es necesario alcanzar un equilibrio entre víctima-infractor o, más bien, como señala Herrero-Tejedor²⁴⁴, entre los intereses contrapuestos del Estado, el infractor y la víctima: de una parte, el del Estado, a través de su Administración de Justicia, que trata en el proceso penal de esclarecer el delito y de perseguir a sus autores, tratando que queden impunes por falta de los resortes necesarios para conseguirlo. De otro lado se encuentra el interés de la víctima

²⁴¹ Cfr. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa que funciona*”, *XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible* (17. 2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. BORJA ANTÓN). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, pág.1938. ISBN: 978-84-8419-232-9.

²⁴² TARDÓN OLMOS, María, “*El estatuto jurídico de la víctima*”. *Revista Cuadernos de Pensamiento Político* nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24, disponible en www.fundaciónfaes.org. Op. cit. Pág. 15-16.

²⁴³ Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*”.... Ob.cit. pág.447.

²⁴⁴ Señala Herrero Tejedor que uno de los principales problemas radica en la necesidad de hallar el adecuado equilibrio entre los respectivos intereses de los tres pilares sobre los que descansa el proceso penal: víctima, Estado e imputado, que, por su propia naturaleza y condición, resultan contrapuestos. Vid. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, “*La posición de la víctima y de los perjudicados en el proceso penal*”, pág. 3351. *Revista Estudios Jurídicos* nº 2004. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid. Mayo 2004, pág. 3333-3357.

que, en muchos casos, constituye la principal, y a veces la única, prueba de cargo para esclarecer el hecho delictivo pero que teme declarar ante el riesgo de represalias o venganzas por parte de los acusados. Finalmente, está el interés del propio imputado, titular de los derechos a un proceso público con todas las garantías, que exige el respeto a la presunción de inocencia, con todas sus consecuencias.

Es necesario tener presente que, como señala Alonso Rimo²⁴⁵, tan importante es, desde el punto de vista estatal, la tutela de los derechos del ofendido como los del ofensor y, por tanto, también en ambos casos, y por igual, constituye aquella protección “papel” del Estado.

Pero cabe preguntarse ¿es posible alcanzar el equilibrio entre los derechos y garantías del infractor y los de las víctimas?, ¿cómo lograrlo?, y, en caso de conflicto entre unos y otros derechos, ¿cuál debe prevalecer?.

La mejora de la posición de la víctima en el ámbito del Derecho Penal no es, en absoluto, incompatible con los derechos del infractor²⁴⁶.

Ya los organismos europeos se hacen eco de la existencia del desequilibrio entre la posición jurídico-penal del infractor y la de la víctima y de la necesidad de alcanzar un mayor equilibrio entre ambas posiciones, reconociendo su compatibilidad.

Así, a título de ejemplo, la Comisión europea²⁴⁷ hace hincapié en que el efectivo reconocimiento y respeto de los derechos de las víctimas y, en particular, su dignidad, vida privada y familiar, y propiedad, deben protegerse al mismo tiempo que se garantizan los derechos fundamentales de otros, como el acusado, de forma que cualquier limitación de estos derechos sólo se produzca cuando sea necesario y proporcionado.

²⁴⁵ Vid. ALONSO RIMO, Alberto, “Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde el punto de vista penal” en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología*. VVAA, coordinado por TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, pág.51. En el mismo sentido, en alusión a GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, Colex, 2010, vid. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, “La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. DOMINGO DE LA FUENTE). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, págs. 15-20.

²⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, además de reconocer que no existe esta incompatibilidad, subraya que, incluso, puede decirse que hay cierto grado de sintonía entre ambas clases de derechos, si se advierte que el objetivo del sistema jurídico-penal es la prevención de la victimización, sea esta primaria, secundaria o terciaria y que las normas jurídicas sustanciales y formales pueden ser examinadas en buena medida como reglas de ponderación entre los riesgos emanados de las distintas fuentes de victimización. Así lo puso de manifiesto en su ponencia “Causas y consecuencias de la invisibilidad” en Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “La visibilidad o invisibilidad de la víctima”, pág 22, organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid, pág 20-27. Disponible en www.falternativas.org, seminarios y jornadas nº 50/2008, ISBN 978-84-92424-20-7.

²⁴⁷ En la Comunicación de la Comisión europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE”. Pág. 4. Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 274 final.

También el Comité Económico y Social Europeo²⁴⁸ llama la atención sobre la necesidad de un mayor equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos de la víctima, a la vez que reconoce que las víctimas no reciben tanto apoyo como aquellos y tienen menos derechos. Señala, igualmente, que deben garantizarse los derechos del acusado, pero los intereses legítimos de la víctima y su familia deben reconocerse y apoyarse. Las víctimas, resalta, deberían tener derecho al mismo nivel de apoyo jurídico y administrativo.

La necesidad de alcanzar el equilibrio entre los derechos de la víctima y los del infractor es, de la misma forma, reconocida y reivindicada por una gran parte de la doctrina²⁴⁹, que se pronuncia en el sentido de que para ello no es necesario contraponer los derechos del infractor frente a los de la víctima²⁵⁰.

Aunque, en principio, pudiera parecer extremadamente dificultoso, o, incluso, imposible, sí se podrá conseguir este equilibrio si se introducen, tanto en el Derecho Penal material como en el proceso penal, determinadas reformas que garanticen los derechos de las víctimas a un proceso justo, igual que se garantiza la protección de los derechos del acusado.

De hecho, esta igualdad de trato, este equilibrio de posiciones, se asienta, precisamente, en una norma de rango constitucional, el art. 24 CE, que alude expresamente al derecho de “*todas las personas*” a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos²⁵¹.

También encuentra su fundamento en el art.1 de la Constitución, por cuanto, compartiendo la opinión de Chocrón Giráldez²⁵², en un Estado social y democrático de

²⁴⁸ En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE*” (COM(2011) 274 final) y la “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*”(COM(2011) 275 final, en el punto “4.6 Justicia e indemnización”. 4.6.1 y 4.6.3. Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea 15.2.2012. C 43/39.

²⁴⁹ Es lo que Martínez Arrieta ha dado en llamar “*equilibrio preocupacional*” en el tratamiento de la víctima y del agresor. Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, “*La víctima en el proceso penal*”, Revista Actualidad Penal, núm. 4, 1990, pág.42.

²⁵⁰ Por citar algunos, LANDROVE DIAZ, G. *Victimología*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1990, pág. 24, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica...*Ob.cit. pág 303, TARDÓN OLMOS, María, “*El estatuto jurídico de la víctima*”, pág.12. Revista Cuadernos de Pensamiento Político nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24.

²⁵¹ Como mantiene Alonso Rimo, “*las exigencias garantistas predicables del Derecho penal o del sistema de Justicia penal en general, han de estar referidas a la protección de los derechos fundamentales y libertades del ciudadano, entendiendo este último término en un sentido genérico e integrador tanto del agresor como de la víctima*”. Cfr. ALONSO RIMO, Alberto, “*Medidas de protección de los intereses de las víctimas...*Ob. cit. pág.53.

²⁵² Vid. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “*Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español*”, pág. 715. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nº 122. Mayo-Agosto 2008,

Derecho, la función del proceso penal no puede limitarse a la aplicación exclusiva del ejercicio del *ius puniendi*, sino que ha de configurarse, además, como un instrumento de tutela de los derechos y garantías fundamentales, aceptando un mayor protagonismo de la víctima. Así, el proceso penal sirve, por un lado, como instrumento para la garantía de los derechos del infractor, pero al mismo tiempo ha de servir como cauce para el reconocimiento de los derechos de la víctima y del ofendido por el delito²⁵³.

Y es, precisamente, este camino, entiendo, el que lleva al equilibrio entre partes en el proceso penal.

No se puede perder de vista que, tal como afirma Baca Baldomero²⁵⁴, un Estado democrático ve más a las víctimas que un Estado no democrático.

Partiendo de ello, el proceso penal, tal como expresa Sanz Hermida²⁵⁵, ha de concebirse como un instrumento de garantías y salvaguarda de derechos y libertades fundamentales, que ampare a todos los ciudadanos: garantía para el imputado, que no podrá ser condenado sino en virtud de la destrucción del principio de presunción de inocencia a través de un proceso justo; garantía para el resto de los ciudadanos a través del *ius puniendi*; y, también, garantía para las víctimas de delitos que han de verse adecuadamente protegidas y tuteladas en sus derechos. Así, sin menoscabo de los derechos y garantías reconocidos a los imputados, es preciso establecer los cauces adecuados para la efectividad del derecho a la reparación o resarcimiento de las víctimas así como para el reconocimiento de sus derechos y la activación de su papel en el proceso penal -lo cual contribuye a la recuperación de la víctima- y, con ello, evitar la victimización secundaria.

Como dice Subijana Zunzunegui²⁵⁶, la justicia debe tener como criterio rector la obtención de la máxima eficacia en la tutela de las víctimas en el marco de un sistema jurídico respetuoso con las garantías de los victimarios, de forma que se respeten los

op. cit. pág. 691-715.

²⁵³ Vid. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “Fundamento constitucional...Ob. cit. pág. 693. En definitiva, como señala esta autora, se trata de “superar una función en esencia represora –propia de una época preconstitucional– para instaurar un modelo de proceso al servicio de los derechos y libertades constitucionalmente consagrados”. Cfr. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal”, pág. 2828. Ministerio de Justicia n^o 2041, 15 Julio 2007. Pág. 2827-2843.

²⁵⁴ Citado por TAMARIT SUMALLA en ponencia “Causas y consecuencias de la invisibilidad...Ob.cit. pág. 39.

²⁵⁵ Vid. SANZ HERMIDA, Ágata, *Victimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Iustel. Madrid 2009, pág.25-26.

²⁵⁶ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología n^o 73. Granada 2006, pág.330.

principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en la limitación de los derechos subjetivos de los imputados.

No obstante, hay que insistir, tal como previene Chocrón Giráldez²⁵⁷, en que no se trata de mejorar la situación de la víctima a costa de reducir las garantías de defensa del infractor, sino de armonizar e incluso moderar los derechos de los sujetos en conflicto y procurar su eficaz protección otorgando a cada uno el tratamiento procesal que les corresponde.

No se trata de “*dar un giro en la dirección del péndulo*”, en palabras de Fernández Bermejo²⁵⁸. Tampoco es necesario, como señala Sanz Hermida²⁵⁹, replantear el estatuto jurídico del imputado/acusado, sino, como indica Tardón Olmos²⁶⁰, de encontrar una mayor armonía de los diferentes intereses en conflicto, construyendo una justicia penal que no esté orientada, únicamente, a la tutela de los intereses de la sociedad, en general, y de las garantías del acusado, en particular, sino que también busque la reparación del daño material y moral inferido a la víctima como consecuencia del delito, otorgándole un papel protagonista también en el proceso²⁶¹.

Solo cuando el ordenamiento jurídico penal y el proceso penal velen por garantizar la protección y el cumplimiento de los derechos de las víctimas de forma paralela y al mismo nivel que los del imputado, se habrá alcanzado el equilibrio entre ambas posiciones.

A este respecto, considero necesario señalar que no solo el proceso penal constituye el campo adecuado -una vez se alcance el equilibrio de posiciones- para dirimir

²⁵⁷ Según Chocrón Giráldez, esta tarea ha de llevarse a cabo “*sin olvidar dos pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico: primero, que en la medida en que el inculpado goza del favor de la presunción de inocencia, la condición de víctima no puede pasar a ser necesariamente irrefutable si aquél basa su defensa precisamente en negar esa posición, y segundo, que el derecho de penar corresponde al Estado y por ello los ciudadanos no tienen derecho a obtener condenas penales*”. Cfr. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “*Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal*”, pág 2830. Ministerio de Justicia nº 2041, 15 Julio 2007. Pág. 2827-2843.

²⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “*La Justicia penal en nuestro sistema jurídico: de la teoría a la práctica*”, pág. 27, en I *Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo Madrid, 3-4 de octubre 2002. www.uc3m.es/larevistilla, pág 15-28.

²⁵⁹ Siguiendo a Sanz Hermida. Vid. SANZ HERMIDA, Ágata, *Victimas de delitos: derechos*,..Ob. cit. pág. 59.

²⁶⁰ Vid. TARDÓN OLMOS, María, “*El estatuto jurídico de la víctima*”, pág.12. Revista *Cuadernos de Pensamiento Político* nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24.

²⁶¹ Obsérvese que, en todo momento, se hace referencia al derecho a la reparación del daño a la víctima, no al derecho a obtener una satisfacción en forma de sentencia condenatoria, como algunos interpretan (entre otros Sanz-Diez que, haciendo alusión a otros autores, sostiene que no cabe entender que el interés de la víctima es obtener una condena penal a toda costa y a cualquier precio, sino obtener una sentencia justa. Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica*...Ob.cit. pág 303. La víctima no busca, como finalidad última, una sentencia condenatoria para el imputado, sino su propio resarcimiento y éste, no tanto económico como moral.

las controversias y conflictos entre partes, sino que, desde mi punto de vista, la Justicia Restaurativa, y, en concreto, la mediación penal, constituye el marco más apropiado en determinados supuestos -que se especificarán más adelante- puesto que una de sus principales características es que se desenvuelve en un plano de absoluta igualdad entre infractor y víctima.

Una vez alcanzado ese plano de igualdad en el tratamiento de víctima e infractor, se plantea la cuestión de qué derecho ha de prevalecer en caso de conflicto.

La polémica en este punto se halla servida y la doctrina dividida.

Se distinguen, básicamente, dos posiciones. Una, que se decanta por la prevalencia de los derechos de la víctima²⁶². Se fundamenta en el hecho de que la justicia penal ha de procurar una mayor atención a quien no ha entrado voluntariamente en el sistema penal de enjuiciamiento de delitos, a quien ha sufrido la agresión por azar o al menos, sin buscarlo de propósito. Y otra, que defiende la supremacía de los derechos del infractor, con base en que la presunción de inocencia debe surtir sus efectos hasta la conclusión del mismo²⁶³.

Mientras, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, se han venido pronunciando en el sentido de que los intereses de la víctima no pueden hacerse prevalecer “*contra lege*”, en perjuicio de los derechos fundamentales del acusado.

Para Sanz-Diez²⁶⁴, en caso de conflicto es preciso introducir criterios que armonicen los derechos de las víctimas con los derechos de los imputados, especialmente el derecho de defensa, buscando mecanismos para que éste se ejercite de forma efectiva pero sin añadir padecimientos innecesarios a la persona de la víctima.

En realidad, desde mi punto de vista, entre ambos intereses, los del infractor y los de la víctima, no ha de existir necesariamente conflicto, puesto que cada uno de ellos puede ser titular de sus respectivos derechos y garantías en pacífica convivencia. Basta con que cada una de las posiciones respete los límites que impone el derecho del otro, sin extralimitaciones, sin abusos en el ejercicio del correspondiente derecho. Se trata de impedir el uso abusivo en el ejercicio del propio derecho. Y, en consecuencia, ni los derechos de la víctima han de destacar por encima de los del infractor ni los de éste sobre los de la víctima, ni la presunción de inocencia ha de prevalecer a toda costa, y, ni mucho

²⁶² En esta posición cabe citar a Martínez Arrieta. MARTÍNEZ ARRIETA, “*La víctima en el proceso penal*”. Revista Actualidad Penal, núm. 4, 1990, op. cit. pág.44.

²⁶³ Entre otros autores, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica...*Ob.cit. pág 303.

²⁶⁴ Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica...*Ob.cit. pág 303.

menos, dar lugar a que la víctima se sienta total y absolutamente desamparada, como ocurre en numerosas ocasiones.

Pensemos, como ejemplo, en el polémico derecho del imputado a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable²⁶⁵. Mientras la víctima está obligada a decir verdad -so pena de incurrir en un delito de falso testimonio, además-, a su agresor se le advierte de que no está obligado a declarar contra sí mismo, y, por tanto, no se le exige el deber de veracidad. Este derecho del imputado puede ser llevado a sus últimas consecuencias si se ejercita de una forma amplia, sin limitaciones, a ultranza. En estos supuestos ocasionará un atropello injustificado, con la consiguiente vulneración, de los derechos de la víctima, que puede producir graves consecuencias tanto en la persona de la víctima como en la sociedad, en general²⁶⁶.

El derecho a no declarar contra sí mismo no debe implicar el derecho a mentir²⁶⁷, menos aún de forma reiterada y abusiva. El límite a este derecho ha de establecerse en el derecho de la víctima –entendida en sentido amplio- a no ver incrementado su dolor y aumentado su perjuicio, y en el derecho de la sociedad a una justicia seria, equitativa, convincente y eficaz, y en el derecho a no incrementar el gasto público de forma ineficiente e inútil.

En definitiva, tal como se concluyó en el Seminario de Mediación Penal celebrado en Madrid de Junio de 2005²⁶⁸, el protagonismo de la víctima no reclama una reducción del estatuto garantizador al que tiene derecho el inculpaado. Precisamente, los desequilibrios procesales constituyen fuente segura de infracción del derecho a un proceso justo y equitativo. El equilibrio no se obtiene por el simple sacrificio de un interés respecto a otro sino por el reconocimiento de espacios de protección autónomos y compatibles.

2. LA VÍCTIMA EN LOS PROYECTOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

²⁶⁵ Recogido en el art. 520-2b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁶⁶ Piénsese en el reciente caso “Marta del Castillo”. Las numerosas declaraciones contradictorias efectuadas por el imputado, a su antojo y capricho, absolutamente sacárticas, abusivas de su derecho a no declarar contra sí mismo y totalmente desconsideradas e irrespetuosas con los derechos de los demás, supusieron, por un lado, un incremento desmesurado y sádico del dolor de los familiares y seguidores del caso; por otro, un aumento enorme del gasto a cargo del erario público, y, por último, una creciente y justificada desconfianza en la administración de justicia.

²⁶⁷ En este mismo sentido se pronuncia Tamarit Sumalla. *Vid.* TAMARIT SUMALLA en ponencia “*Causas y consecuencias de la invisibilidad...* Ob.cit. pág 38.

²⁶⁸ *Vid.* Conclusión 9 de *Conclusiones sobre el Seminario de Mediación Penal* (Madrid, uno a tres de Junio de 2005). CGPJ. Colección Conclusiones de Seminarios Vol. 7- 2005.

2.1. EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2011.

Como ya se adelantó, el Consejo de Ministros aprobó en Julio de 2011 el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁶⁹. En él se establece, por primera vez, el estatuto de las víctimas en el proceso penal, dedicando a ello el capítulo III del Título 2 del Libro I (arts. 65 a 76). Se incorpora el contenido de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, adaptándose, así, la ley española a la normativa europea vigente en aquel momento. Además, a lo largo de su articulado, el Anteproyecto hace otras referencias a la víctima, regulando de forma más específica su intervención en el proceso y la protección que le ampara.

Supone un avance importante en el reconocimiento de los derechos y en el *estatus* de la víctima.

El tratamiento a la víctima se asienta, como ya se dijo, sobre la base de una nueva concepción de la misma como parte importante y participativa en el proceso penal, junto al que ahora denomina “ciudadano investigado” así como junto al Estado, reconociéndose su posición en el proceso y apartándose, así, de la actual relación bilateral Estado-infractor para establecer una relación tripartita. Se concede a la víctima, de esta forma, la consideración que merece, al menos en teoría, pues para poner en práctica el contenido de algunos de estos derechos será necesario que se dote a la Administración de Justicia de mayor presupuesto económico y mejores medios.

El Capítulo III se divide en dos Secciones: la 1ª regula las Disposiciones Generales mientras la 2ª enumera los derechos de las víctimas.

En las Disposiciones Generales se recogen unos pronunciamientos de especial trascendencia en el tratamiento procesal de la víctima. Así, se define, por primera vez, un concepto de víctima y se prohíbe, de forma expresa, la victimización secundaria.

El tratamiento de la víctima a través del proceso penal deberá estar presidido por estos pronunciamientos (o principios) generales, de forma que cualquier acto o actuación procesal que pudiera contravenirlos habrá de ser rechazada de plano. Así, en la regulación que el Anteproyecto hace del desarrollo del proceso en sus distintas fases queda plasmado el contenido de estos principios.

Se hace concreta mención, para su mejor protección, a las víctimas menores de edad y con discapacidad, incorporando un nuevo grupo, extraído del Derecho europeo,

²⁶⁹ Ya era llamado “el proceso penal de la Democracia” y “del siglo XXI”.

“las víctimas en situación de especial vulnerabilidad” (art.68), respecto a las que se pueden adoptar dos medidas de protección especiales: en primer lugar, que presten declaración a través de medios técnicos que eviten la confrontación con el imputado (art.68-3º)²⁷⁰ y, en segundo lugar, se sustituye su declaración testifical en el juicio oral por un examen a través de expertos ante el Juez de Garantías en la fase de investigación (art. 513)²⁷¹.

En la Sección 2ª, art. 70 a 76, se relacionan los derechos de las víctimas, algunos de los cuales éstas podrán hacer valer independientemente de que estén o no personadas.

Se le reconocen los siguientes derechos:

1.-Derecho a recibir información (art. 70)²⁷²: se recoge, de forma unitaria, un amplio catálogo de extremos que deben ser comunicados y explicados de forma comprensible a las víctimas, aún cuando no estén personadas. Se hace referencia tanto a los servicios y organizaciones en los que pueden obtener apoyo extrajudicial, como a las

²⁷⁰ Aunque más tarde, en el art.581-5º se aclara que sólo se podrá acordar dicha medida cuando quede debidamente justificado mediante informe pericial que la víctima, por su situación de especial vulnerabilidad, puede sufrir un perjuicio grave para su salud.

²⁷¹ Previsto para el caso de víctimas que por su edad, enfermedad o discapacidad no pueden someterse al interrogatorio directo de las partes.

²⁷² Conforme al artículo 70 del Anteproyecto : “*Derecho a recibir información.*

1. *La víctima recibirá por los medios adecuados y de forma comprensible la información pertinente para la protección de sus intereses.*

Dicha información incluirá:

- a) los servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo,*
- b) las ayudas y apoyos sociales, psicológicos y otros pertinentes que puede recibir,*
- c) el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia,*
- d) las actuaciones subsiguientes a la denuncia y la intervención que puede tener en las mismas,*
- e) el modo y las condiciones en que podrá obtener protección,*
- f) la forma y las condiciones en que, teniendo derecho a ello, puede acceder a asesoramiento o asistencia jurídica gratuita,*
- g) los requisitos para tener derecho a una indemnización, y*
- h) si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar.*

2. *La víctima será informada:*

- a) del curso dado a su denuncia,*
- b) de su derecho a estar presente, aun cuando no sea parte, en el juicio que se celebre por los hechos que le afectan, salvo en casos excepcionales en que el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado,*
- c) de las medidas adoptadas para su protección en el curso del proceso y en ejecución de la sentencia,*
- d) de las actuaciones realizadas para hacer efectiva la responsabilidad civil que en la sentencia se haya declarado a su favor.*

3. *En todo caso, se comunicará a la víctima la sentencia del tribunal y cualquier resolución que ponga fin al proceso.*

4. *Cuando pueda existir un riesgo para la víctima, de estimarse necesario, se le informará de la puesta en libertad de la persona investigada, acusada o condenada por la infracción.*

5. *La víctima podrá renunciar a recibir la información prevista en este artículo en cualquier estado del procedimiento, en cuyo caso solo se le transmitirá la información en los casos expresamente establecidos”.*

Y en esta misma línea el artículo 76 establece “*Ofrecimiento de acciones.*

1. *Tan pronto resulten conocidas las personas que tienen la condición de víctimas con arreglo a lo dispuesto en esta ley, la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal les instruirán de su derecho a intervenir en el procedimiento.*

2. *Al tiempo se les requerirá para que manifiesten si hacen o no reserva o renuncia de las acciones civiles, haciéndoles saber de que, de no hacerla, serán ejercitadas por el Ministerio Fiscal.*

3. *Cuando lo aconseje la existencia de múltiples de perjudicados, la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal podrán realizar esta instrucción de derechos a través de los medios de comunicación.”*

distintas notificaciones que han de hacerseles respecto a la trayectoria y vicisitudes del proceso y las medidas adoptadas para su protección, así como la puesta en libertad de la persona investigada. Se reconoce también el derecho de la víctima a renunciar a la información.

Destaca, también, como novedad, el deber de comunicación del juicio oral a la víctima: el secretario judicial debe informar por escrito a la víctima, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir en él, de la fecha y lugar de celebración del juicio (art. 550). A tal efecto, se prevé la reserva de un lugar en la sala de vistas para que pueda presenciar el juicio si así lo desea (art. 558). Si asistiere, al inicio de las sesiones del juicio, el funcionario de auxilio judicial acompañará a la víctima al lugar que se le ha reservado en la sala (art. 562.2). Igualmente, la víctima deberá ser informada por el secretario judicial de la celebración de la vista de apelación aunque no se haya mostrado parte en la causa ni sea necesaria su intervención (art. 636). También se notifica a la víctima la sentencia de apelación (art. 638).

2.-Derecho a ser oída (art. 71)²⁷³: tiene derecho a ser oída, aunque no haya sido citada, compareciendo ante la policía judicial o ante la Oficina de Atención a las Víctimas. Su declaración, en caso de ser persona vulnerable podrá efectuarse a través de medios técnicos que eviten la confrontación o mediante expertos (arts.68 y 513). La víctima solo declarará en el acto del Juicio Oral, previa solicitud de alguna de las partes, cuando resulte útil o pertinente como medio de prueba.

En mi opinión, los términos en los que queda regulado el derecho de la víctima a ser oída -siempre que ella lo considere oportuno, aún cuando no sea citada- así como la regulación de la forma en la que ha de efectuarse la declaración de la víctima en casos de vulnerabilidad y la no obligatoriedad sistemática de comparecer al Juicio Oral a declarar, hacen que este derecho se constituya en uno de los derechos de mayor relevancia y trascendencia tanto en la teoría -por el reconocimiento que hace de la víctima, que será, siempre que ella lo estime, oída- como en la práctica por cuanto no solo elimina, en gran parte, los efectos de la victimización secundaria sino que resolverá, en buena medida, el problema que suponía en muchos casos la falta de declaración de la víctima-testigo que daba como resultado un gran número de sentencias absolutorias.

²⁷³ “Artículo 71. Derecho a ser oída.

1. La víctima del delito tiene derecho a ser oída.

A estos efectos, podrá prestar declaración en el curso de la investigación, aunque no haya sido citada, compareciendo ante la Policía Judicial o ante la Oficina de Atención a las Víctimas.

2. Abierto el juicio oral, sólo se admitirá la declaración de la víctima cuando, habiendo sido solicitada por alguna de las partes, sea útil o pertinente como medio de prueba.”

3.-Derecho a aportar elementos relevantes(art. 72)²⁷⁴: puede aportar al fiscal elementos que considere útiles para ejercer la acción civil o penal aun cuando no se haya personado como acusador particular.

Este derecho es complementario del anterior; la víctima no solo será oída, aún cuando no esté personada, sino que además, podrá intervenir y participar activamente en la investigación de los hechos, con la ayuda –y para la ayuda- del fiscal.

4.-Derecho a la protección (art. 73)²⁷⁵: en el caso de que exista riesgo grave, se adoptarán las medidas necesarias para proteger a la víctima, a sus familiares u otras personas con las que estén íntimamente vinculadas. Para ello puede acordarse cualquier medida cautelar o acudir a los mecanismos de protección de testigos.

Estas medidas pueden consistir, al igual que en la normativa actual, en la detención (art. 165.2º, c), la prisión provisional (art. 202.1.3º, c), la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 192), la imposición de prohibiciones de aproximación o comunicación (art. 169.1, g y h y 187),y la orden de protección (art. 194). La víctima de violencia de género, que siempre estará asistida por abogado, puede pedir la orden de protección, , sin necesidad de estar personada en el procedimiento (art. 196). La resolución sobre las medidas cautelares se notificará a la víctima aunque no esté personada(art.227).

En las primeras diligencias llevadas a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se incluyen las necesarias para proteger a la víctima que se halle en situación de peligro (art. 445.1º). Se permite la entrada y registro en el domicilio sin autorización judicial, en caso de flagrancia, con el fin de proteger a la víctima (art. 336). En los delitos semipúblicos se practican a prevención las medidas necesarias para proteger a la víctima, aunque no haya denunciado los hechos (art. 434).

5.-Derecho a personarse como acusador particular (art. 74)²⁷⁶: tiene derecho a ejercitar la acción penal. La víctima puede ejercer la acción civil, en exclusiva -actor civil- o conjuntamente con la penal -acusador particular- (art. 93). Basta la mera condición de

²⁷⁴ “Artículo 72. Derecho a aportar elementos relevantes.

Aun cuando no se haya constituido como parte acusadora, la víctima tiene derecho a proporcionar al fiscal los elementos que considere pertinentes y útiles para el adecuado ejercicio de la acción penal o de la acción civil acumulada”.

²⁷⁵ Artículo 73. “Derecho a la protección.

1. Siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave para la vida o integridad de la víctima, adoptarán, en el marco de sus respectivas competencias, las medidas adecuadas para su protección y la de sus familiares u otras personas con las que esté íntimamente vinculada.

2. Para ello, se podrán promover y acordar las medidas cautelares adecuadas y se podrán utilizar los mecanismos de protección de testigos previstos en la legislación vigente.”.

²⁷⁶ “Artículo 74. Derecho a actuar como acusación particular

La víctima tiene derecho a personarse en el procedimiento ejercitando la acción penal como acusador particular en los casos y en la forma que establece esta ley.”.

víctima para actuar como acusador particular en el procedimiento de investigación. Para ello es suficiente la presentación de un escrito simple ante el fiscal (art. 77); de esta forma, al simplificarse el trámite de personación, se facilita a la víctima la entrada formal en el proceso. En caso de denegación de la personación, el interesado puede acudir al Juez de Garantías (art. 473)²⁷⁷.

Una vez finalizada la investigación con las diligencias complementarias, si el fiscal considera que no hay elementos suficientes para ejercer la acción penal, las víctimas que decidan personarse podrán acceder a la fase intermedia para ejercer la acusación, impugnando ante el Juez de Garantías el decreto de archivo del fiscal. En caso de estimación de esta impugnación, los actores presentarán su escrito de acusación.

Las acciones penales no públicas que estén en discrepancia con el criterio del fiscal serán posibles pero quedarán sujetas a un doble control judicial: además del señalado anteriormente, el Juez de la Audiencia Preliminar realizará también el control correspondiente, disponiendo el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

Se regula, asimismo, de forma más específica, la participación de los acusadores y sus derechos en la fase de investigación y en la fase intermedia del proceso. Destacan:

-Derecho de impugnación: ante el Juez, del archivo por oportunidad decretado por el fiscal si infringe los requisitos reglados que facultan su ejercicio (art. 154) y ante el Juez de Garantías la denegación de diligencias) art. 495).

-Derecho a acceder a todas las actuaciones del procedimiento de investigación desde la personación, salvo declaración de secreto (art. 477).

-Derecho a aportar información: pueden poner en conocimiento del fiscal las informaciones que estimen relevantes para el esclarecimiento de los hechos (art. 478).

²⁷⁷ Artículo 473. “Personación del acusador particular

1. Los ofendidos y perjudicados por el delito investigado, sin perjuicio de los derechos que les corresponden por su condición de víctimas, podrán personarse en el procedimiento de investigación como acusadores particulares.

2. El escrito solicitando la personación deberá dirigirse al fiscal encargado de la investigación y estar suscrito por abogado y procurador.

3. El fiscal los tendrá como parte con los derechos que les reconoce esta ley si reúnen los requisitos establecidos en el artículo 65 de esta ley.

4. El decreto por el que se deniega la personación del ofendido o perjudicado por considerar que no tiene la condición de víctima, podrá ser impugnado por el solicitante en el plazo de cinco días ante el Juez de Garantías.”

Por su parte, el art.77 dispone:

“ Tiempo para personarse como parte acusadora.

1. Los ofendidos y perjudicados podrán personarse como acusadores particulares en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación, sin que tal circunstancia justifique por sí misma la retroacción de las actuaciones.

2. La personación durante el procedimiento de investigación se realizará por escrito ante el fiscal especificando si se ejerce la acción penal o también la civil”.

-Derecho a proponer diligencias: pueden proponer al fiscal la práctica de las diligencias que estimen útiles y pertinentes (art. 479).

-Derecho a participar en actos de investigación: puede participar en la práctica de los actos de investigación que se realicen a su instancia por orden del Juez de Garantías (art. 480).

-Derecho a acudir al Juez de Garantías para obtener el aseguramiento de una fuente de prueba personal que pueda perderse (art. 506 y 507).

-Derecho a ejercer una acusación autónoma, aun cuando no la sostenga el Ministerio Fiscal o éste haga peticiones o planteamientos divergentes (art. 520).

-Derecho a recurrir el auto de sobreseimiento (art. 534).

No obstante, a mi juicio, todos estos derechos se conciben, en su mayoría, de forma más restringida que los del investigado.

6.-Derecho a obtener una reparación civil (art. 75)²⁷⁸: si no ejercita por sí misma la acción civil, lo hará en su nombre el Ministerio Fiscal, salvo renuncia o reserva expresa. No la ejercerá el Ministerio Fiscal, pues, si la víctima se persona como parte en las actuaciones. La víctima puede ejercer la acción civil, en exclusiva -actor civil- o conjuntamente con la penal -acusador particular-(art. 93).

Opta, de esta forma, el Anteproyecto por mantener, acertadamente, la unidad procesal en la exigencia de responsabilidad civil y penal; la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados a las víctimas se determina en el mismo proceso penal. De esta forma, además de responder al principio de economía procesal, se favorece a la víctima que no tiene que iniciar una peregrinación por las jurisdicciones para ver satisfecho su derecho a la reparación.

Además de estos derechos específicamente reconocidos en el capítulo destinado al estatuto de la víctima, el Anteproyecto recoge en su articulado otros derechos y garantías de la víctima. Entre ellos, resalta el derecho a la intimidad de las víctimas.

Los juicios mediáticos perjudican enormemente no sólo la investigación -e incluso el desarrollo del Juicio Oral-, y la percepción de la Justicia por el ciudadano, sino también al investigado y, por supuesto, a la víctima.

²⁷⁸ Dispone el artículo 75. “Derecho a obtener una reparación civil en el proceso penal.

1. La víctima tiene derecho a obtener en el proceso penal la reparación civil que legalmente le corresponda. A tal efecto, y aun cuando no ejercite la acción penal conforme a lo previsto en el artículo anterior, podrá personarse en la causa como actor civil.

2. Cuando la víctima no se haya personado como acusación particular ni como actor civil, ejercerá la acción civil en su interés el Ministerio Fiscal, salvo que expresamente aquélla se reserve dicha acción o renuncie a ella”.

Con el fin de evitar los juicios paralelos al que se desarrolla en el plenario y los juicios anticipados que se ponen en marcha desde la primera sospecha policial, se regula un régimen de publicidad externa mediante el cual se establecen medidas que aseguren que la información pública se contraiga a lo necesario desde el punto de vista informativo.

Las garantías que en relación a ello se han introducido para conciliar la libertad de información y los derechos de las víctimas (también la de los investigados) se contraen al ámbito específico del procedimiento y de sus actores.

En los artículos 110 y siguientes del Anteproyecto se regulan, para las distintas fases del proceso, las medidas que se han de adoptar, así como las actuaciones permitidas y prohibidas en orden a proteger el derecho a la intimidad de las víctimas (y del investigado). El control de la información se ejercerá por el Fiscal. De esta forma, se distingue:

-En la fase de investigación: no se puede proporcionar a los medios de comunicación la identidad o imágenes de las víctimas, ni datos o elementos que puedan conducir a la identificación de las víctimas y los testigos menores de edad. En la información sobre el proceso que se facilite a los medios de comunicación ha de evitarse toda mención de circunstancias del delito que puedan comportar un atentado a la dignidad de la víctima o que puedan causarle un perjuicio innecesario (art. 113).

-En el acto del juicio oral: el tribunal, previa audiencia de las partes, podrá acordar que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada cuando entienda que así lo exigen el orden y seguridad públicos, los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes (artículo 114).

-En cuanto a la publicidad de la sentencia: se establece la posibilidad de restringir el acceso público al texto o a determinados contenidos del mismo para garantizar la intimidad y el derecho al anonimato de las víctimas (art. 115).

Por otro lado, se establece, también con el fin de proteger los derechos de la víctima, una sistema de control judicial de los acuerdos alcanzados por ésta en determinadas fases del proceso. Así, encontramos que:

-En caso de conformidad: el juez que haya de homologarla velará por la tutela de los derechos de las víctimas, rechazando la conformidad si éstos no se ven suficientemente garantizados (art. 145).

-En la oportunidad²⁷⁹: no cabe el archivo por oportunidad cuando la víctima de la infracción sea menor de catorce años o haya mediado violencia o intimidación en la comisión del delito. La oportunidad no es de aplicación en los casos de delitos de violencia de género (art. 149). La suspensión por oportunidad requiere el consentimiento de la víctima, puede condicionarse a medidas que tienden a su protección o reparación integral, y ha de darse audiencia a la víctima para verificar el cumplimiento de las condiciones (art. 150).

Para un completo reconocimiento de la víctima en el proceso penal, el Anteproyecto regula también, junto al nuevo estatuto de la víctima, y dando cumplimiento a lo dispuesto en la ya citada Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001 de la Unión Europea, la mediación penal como forma de resolución de conflictos, introduciendo a su vez el principio de oportunidad.

Las principales innovaciones en esta materia son:

1.-En cuanto a la Mediación, el Anteproyecto deja claro que no es una renuncia del Estado a seguir ostentando en exclusiva la titularidad del *ius puniendi*. El Ministerio Fiscal será el encargado de impulsar, a través de la Mediación y con consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego, en función de que haya disminuido o esté ausente el interés del Estado en el castigo²⁸⁰. El resultado de la mediación podrá llevar a la finalización de las actuaciones²⁸¹, con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado²⁸² o a una sentencia condenatoria en

²⁷⁹ El principio de oportunidad se define como aquel en virtud del cual se atribuye al Ministerio Fiscal y/o al Juez la facultad de no ejercitar la acción penal o continuar el procedimiento, a pesar de la existencia de un hecho que reviste los caracteres de infracción penal, concurriendo determinados requisitos o presupuestos legalmente establecidos.

²⁸⁰ El Anteproyecto sigue, así, en la concepción del proceso de mediación, la línea marcada por las legislaciones de nuestro entorno europeo: Alemania, Portugal, Francia. Para un estudio más detallado de las posiciones acerca de la configuración jurídica del sistema de mediación, consultar ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*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?*”. Revista Penal nº 18. 2006. pág. 55-101.

²⁸¹ Se opta, de esta forma, bajo determinadas circunstancias y para infracciones castigadas con penas de prisión de hasta dos años, por la renuncia a la persecución penal y archivo de las actuaciones (art.149 del Anteproyecto). En los delitos por calumnia e injuria contra particulares (procedimiento por delito privado), el acuerdo alcanzado en mediación es causa de extinción de la responsabilidad criminal. (art.701-3 del Anteproyecto).

²⁸² Se podrá acordar por el Fiscal en la fase de investigación, o por el Juez en la fase intermedia, la suspensión condicionada del procedimiento en delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o penas de otra naturaleza, bajo concretas circunstancias y con sometimiento a ciertas reglas de comportamiento por el infractor, renunciándose igualmente a la persecución penal (arts. 150 y 151).

el marco de la conformidad premiada²⁸³, o, finalmente, en caso de falta de acuerdo, a la continuación del procedimiento penal.

En el Juicio Oral será el Tribunal de enjuiciamiento el que podrá someter el proceso a mediación cuando lo soliciten todas las partes(art.160 del Anteproyecto), con aplicación de la atenuante de reparación del daño en la sentencia en el supuesto de que la Mediación llegara a buen fin²⁸⁴.

2.-En lo relativo al principio de oportunidad: el Anteproyecto opta por la introducción limitada del principio de oportunidad, que convive con el principio de legalidad (arts.1 y 57). Responde en su aplicación a criterios político-criminales relativos a la falta de necesidad de pena en el caso concreto o a una reducción de pena ligada a la institución de la conformidad.

Inspirándose en las legislaciones alemana y portuguesa, el Anteproyecto regula dos modalidades de oportunidad sometiéndolas a un régimen de control judicial:

1)la posibilidad de archivo en delitos castigados con penas que no excedan de los dos años de prisión²⁸⁵;

2)la posibilidad de archivo con condición en penas de hasta cinco años; esta modalidad requiere el consentimiento de la víctima y el compromiso expreso del penado de cumplir determinadas reglas de conducta, que tiendan fundamentalmente a la reparación de los perjuicios causados²⁸⁶.

Se configura un espacio de valoración discrecional que corresponde ejercer al Ministerio Fiscal²⁸⁷, como director del procedimiento de investigación. Al Ministerio Fiscal le corresponde la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el

²⁸³ Practicada la mediación en la fase del juicio oral, si se alcanzare un acuerdo, el único efecto que producirá será la reducción de la pena mediante la aplicación de la atenuante de la responsabilidad de reparación (art.160 del Anteproyecto).

²⁸⁴ En estos supuestos, el Anteproyecto opta por un pronunciamiento de la culpabilidad del autor, quedando reducido el efecto de la mediación a la simple atenuación de la pena. Esta es también la opción que acoge el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal al disponer en el artículo 16 “*Consecuencias penológicas de la conformidad y la mediación En los supuestos de conformidad y mediación la legislación procesal penal podrá autorizar la imposición de la pena inferior en grado a la mínima prevista para la infracción en la ley penal sustantiva*”.

²⁸⁵ En estos supuestos, el archivo consiste en un sobreseimiento definitivo de las actuaciones, reservando a los perjudicados u ofendidos por la infracción el derecho a acudir a la jurisdicción correspondiente para obtener la reparación civil (art. 149 del Anteproyecto). No se entiende muy bien porqué el legislador no atiende aquí a las necesidades y perjuicios sufridos por la víctima, remitiéndola de nuevo a otra jurisdicción.

²⁸⁶ El archivo en estos casos es provisional y condicionado a que el infractor cumpla las condiciones impuestas y no delinca dentro del plazo de dos años (art.150 del Anteproyecto).

²⁸⁷ Dispone el art.58 del Anteproyecto “ Principio de oportunidad.

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley.

En estos casos, la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al fiscal, sin perjuicio del control judicial de los elementos reglados que permiten su ejercicio, en los términos y en la forma legalmente previstos”.

procedimiento por razones de oportunidad²⁸⁸, y a la autoridad judicial, el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación de dicho principio, es decir, que el Ministerio Fiscal se haya atendido a los requisitos legalmente establecidos para adoptar la resolución de oportunidad²⁸⁹.

3.-Se establece un nuevo procedimiento de conformidad en el que la solución consensuada por el fiscal y las defensas es formalizada después en un documento que el acusado o “investigado” (nuevo término con el que se sustituye al de “imputado-procesado”) habrá de ratificar ante el Juez, siendo éste distinto al que enjuiciará el asunto. Respecto a la víctima, el Juez de la Conformidad velará por la tutela de los derechos de la víctima. (art.145 del Anteproyecto).

En conclusión, desde mi punto de vista, comparando la actual regulación y la que hace este Anteproyecto, aunque ya la legislación actual recoge algunos de los derechos y garantías que establece el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo hace de una forma dispersa, desproporcionada e imprecisa²⁹⁰.

En el Anteproyecto, al unificarse su regulación en un solo texto y ampliarse el catálogo de derechos, se dota a éstos de mayor fortaleza, relevancia y claridad legal por cuanto unos complementan a otros, lo que facilitará su interpretación y aplicación práctica.

No obstante, lo realmente trascendente es que la nueva regulación del tratamiento de la víctima, en su conjunto, eleva la posición de la misma a un rango equiparable, prácticamente, al del infractor y la coloca legalmente en el proceso junto a éste y al Estado-investigador, formando, así, una relación tripartita frente a la relación bilateral que actualmente existe y que conlleva la marginación de la víctima.

De todas formas, como ya se apuntó, este reconocimiento legal de los derechos y garantías de la víctima en el proceso penal ha de ir acompañado de la dotación de los medios materiales y personales apropiados para su efectiva puesta en marcha, lo cual no deja de dificultar su aplicación práctica. A ello ha de añadirse que al momento de su

²⁸⁸ También en los supuestos relacionados con la persecución de organizaciones criminales (arts.152 y 153 del Anteproyecto) y por el Fiscal General del Estado en los casos en los que exista grave riesgo para la seguridad nacional (art.155).

²⁸⁹ Los perjudicados y ofendidos por el delito, aún cuando no estén personados, podrán impugnar ante el Juez de Garantías o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, los decretos del fiscal, cuando entiendan que no se han respetado los elementos reglados que facultan al fiscal para aplicar el principio de oportunidad, en el primer caso, y que no existe grave riesgo para la Seguridad del Estado, en el segundo caso. (arts. 154 y 156, respectivamente).

²⁹⁰ La actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 19/1994, de 23 de Diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales (cuya reforma se interesa en la Disposición Final Segunda del Anteproyecto), la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, la Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, etc.

plasmación real y efectiva no se incurra en “vicios” de actuación que, sin llegar a contravenir lo dispuesto legalmente, sí contribuyan, en alguna medida, a obstaculizar el buen funcionamiento de este nuevo *estatus* de la víctima.

Otra cuestión a tener en cuenta, es que si bien el elenco de derechos y posibilidades de participación de la víctima en el proceso penal se ha regulado de una forma más amplia y clara que la actual normativa, al infractor, en proporción, se le siguen reconociendo en el Anteproyecto mayores posibilidades y derechos más absolutos, que además vendrían reforzados por lo dispuesto en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal, que se ocupa principalmente del detenido o acusado y del “investigado”. Ello implica que en la práctica habrá de procurarse encontrar, de nuevo, el equilibrio de derechos entre ambas partes a fin de que la víctima no vuelva a ser relegada.

2.2. EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2013.

En fecha 2 de Marzo de 2012 se crea, por Acuerdo del Consejo de Ministros, una Comisión con el fin de elaborar una nueva propuesta de Ley de Enjuiciamiento Criminal que será presentada en Febrero de 2013.

Siguiendo la línea del anterior Anteproyecto, dedica también un capítulo, el IV del Título II del Libro I, artículos 59 a 68, al “estatuto procesal de la víctima”, si bien deja a un lado la ya derogada la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, para intentar adaptarse a la nueva Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que la sustituye.

Al igual que el anterior Anteproyecto también hace referencia a otros derechos de la víctima a lo largo de su articulado. En especial, recoge expresamente el derecho a la dignidad -tanto de la víctima como del encausado y de todos los intervinientes en el proceso- (art. 5), así como el derecho a la tutela judicial específicamente de las víctimas, vinculándolo al derecho a la información de los demás derechos que le asisten, y como una de las finalidades del proceso penal (art.14).

El capítulo dedicado a la víctima comienza con la definición de la misma (art.59) para enumerar seguidamente los derechos y potestades que asisten a las víctimas²⁹¹, entre

²⁹¹ Conforme al artículo 60: “La víctima tiene los siguientes derechos:

1. derecho a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible;

los que se incluye la posibilidad de que el tribunal evite la confrontación visual de la víctima con el encausado cuando le genere "terror, humillación o sufrimiento"²⁹²(art.62).

En general, recoge, prácticamente los mismos derechos que ya se vienen reconociendo por la legislación actual a las víctimas, aunque lo hace en un solo texto.

No obstante, establece, desde mi punto de vista, importantes limitaciones en orden a la personación y ejercicio de la acción penal de la víctima²⁹³:

1.-Para constituirse en parte acusadora, exige la presentación de querrela -al contrario que en el anterior Anteproyecto en el que bastaba un simple escrito-, salvo que se limite a instar la persecución del mismo hecho que ya sea objeto de investigación por la Fiscalía.

2.-Se impone una limitación temporal para ejercer la acusación particular (también para la acción popular), puesto que solo puede ser admitida si presenta su querrela, caso de ser necesaria, hasta la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal. Esta condición temporal coincide con la prevista en el Anteproyecto de 2011 (art. 77).

3.-Cuando en el proceso penal se muestre como parte acusadora más de una víctima, si los daños sufridos por ellas derivan de la misma acción u omisión y no existe

2. derecho a ser tratado con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se practique;

3. derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito;

4. derecho a la protección de sus datos personales;

5. derecho a ser oída por el Ministerio Fiscal en el curso de la investigación;

6. derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del hecho punible;

7. derecho a la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con los requisitos y de la forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita;

8. derecho a ser informado de la situación procesal de la causa, que comprende el derecho a conocer el estado de las investigaciones, si no están declaradas secretas, las resoluciones sobre la situación procesal del encausado incluidas las relativas a las modificaciones de dicha situación cuando se produzcan, las resoluciones de sobreseimiento y apertura de juicio y la sentencia dictada en cualquier instancia y recurso;

9. derecho a obtener la restitución, reparación o indemnización del daño ocasionado por el hecho punible del responsable y, en los casos legalmente previstos, del Estado;

10. derecho a ser informada de los derechos anteriormente referidos”.

²⁹² Parece que, en principio, no basta el simple miedo.

²⁹³ Conforme al artículo 65 del citado Texto: “Ejercicio de la acción penal por la víctima.

1. La víctima puede ejercer la acción penal con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras.

2. La víctima puede constituirse en parte acusadora, como acusación particular, desde que tenga noticia del hecho punible hasta la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal.

3. Para constituirse en parte acusadora la víctima deberá presentar querrela, salvo cuando inste la persecución del mismo hecho que ya sea objeto de investigación por la Fiscalía, en cuyo caso se la tendrá por parte con la expresión de su voluntad de mostrarse parte acusadora.

4. Cuando se muestre parte acusadora más de una víctima, el Juez de Garantías, a instancia de parte, acordará su actuación a través de una única representación procesal y asistencia letrada si los daños sufridos por las víctimas se derivan de la misma acción u omisión y no existe incompatibilidad de intereses entre ellas. Si las víctimas no alcanzan un acuerdo sobre su representación procesal y asistencia letrada, el Tribunal de Garantías designará la representación y defensa de la víctima o víctimas más afectadas personal o, en su defecto, patrimonialmente, que será la única a través de la cual las víctimas podrán ejercitar la acción penal, mediante auto que no será susceptible de recurso. Si el criterio de la mayor afección no resultara aplicable utilizará el criterio de la mayor antigüedad en el ejercicio de la acción penal en la causa”.

incompatibilidad de intereses entre ellas, se les puede obligar a litigar juntas y bajo una misma dirección letrada y representación procesal, si así lo considera oportuno el Juez de Garantías.

El Anteproyecto de 2011 preveía también esta posibilidad, si bien condicionada a las necesidades de buen orden del proceso o a fin de evitar dilaciones indebidas. De esta forma disponía que para el caso de que exista un elevado número de ofendidos o perjudicados que pretendan comparecer, y, a consecuencia de ello, pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el órgano judicial, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponerles que se agrupen en una o varias representaciones y asistidos de la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses (art. 78-3).

Se excluye del ejercicio de la acción popular a partidos políticos, sindicatos y personas jurídicas públicas o privadas, exceptuando a los colectivos de víctimas en casos de terrorismo, y además se limita a una lista de delitos relacionada con la Administración Pública, la discriminación o el terrorismo²⁹⁴.

Igual consideración establece el Anteproyecto de 2011 en cuanto que a las prohibiciones subjetivas añade que no pueden ejercer la acusación popular las administraciones públicas, los partidos políticos y los sindicatos (art. 82-3).

El término "encausado" sustituye al del imputado.

Permite pactos de conformidad entre el fiscal y las partes en cualquier momento del proceso y en todo tipo de delitos, con independencia de la pena que lleven aparejada.

Se regula también la institución de la mediación penal introduciendo el principio de oportunidad junto al de legalidad²⁹⁵.

Se otorga la dirección de la investigación al fiscal bajo la tutela de un juez de Garantías.

Se atribuye cierta discrecionalidad al Ministerio Fiscal para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los

²⁹⁴ La acusación popular se acota a la persecución de delitos de prevaricación judicial, cohecho, tráfico de influencias o aquellos que hayan sido cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos. También podrá ejercitarse ante delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, el medio ambiente, delitos electorales, terrorismo o provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra asociaciones o la difusión de información injuriosa sobre estos grupos.

²⁹⁵ Dispone el art. 90: "Legalidad y oportunidad. El Ministerio Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal cuando entienda suficientemente fundada la atribución del hecho punible al encausado, salvo que concurra motivo bastante para la suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad conforme a lo previsto en los artículos siguientes".

supuestos concretos²⁹⁶, que se hará siempre bajo control judicial de la aplicación del principio de oportunidad. Será el Juez de Garantías el competente para acordar el sobreseimiento de la causa, a instancia del Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta a la Mediación, se regula de forma específica en los artículos 143 a 146. La mediación se concibe, en principio, según se afirma en la Exposición de Motivos, no como un fin, sino como “un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”.

Para el infractor sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso, puesto que se dispone ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación (art.146).

3. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS.

3.1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO.

En fecha 25 de octubre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito²⁹⁷, que prevé un catálogo general de

²⁹⁶ De conformidad con el artículo 91: “ Motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad.

1. Podrá sobreseerse la causa por motivo de oportunidad en los siguientes casos:

1. Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias.

Si el delito se imputare a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.

2. Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.

3. Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso.

4. Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.

5. Cuando el autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.

6. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público.

2. El sobreseimiento por motivo de oportunidad será acordado por el Tribunal de Garantías a instancia del Ministerio Fiscal. El sobreseimiento sólo podrá ser denegado por el Tribunal de Garantías si existe parte acusadora personada en la causa que manifieste su voluntad de sostener la acción penal y ofrece motivo fundado para efectuar el enjuiciamiento del hecho en interés de la justicia”.

²⁹⁷ En su día, el Gobierno alardeó, prematuramente, de que España se convertiría con este Estatuto en el primer país miembro de la Unión Europea en aglutinar en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de las víctimas, e incorporar, así, a su derecho interno lo dispuesto en la Directiva europea 2012/29/UE del

los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, de los que dispondrán independientemente de que estén o no personadas en una causa penal. Y ello, sin perjuicio de los derechos reconocidos con anterioridad para las víctimas de terrorismo y las de violencia de género, que gozarán del régimen de derechos y protección reconocido en la nueva ley, además de los que le son aplicables por la legislación especial.

Para su elaboración se tuvieron en cuenta no solo la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, sino también otras Directivas especiales²⁹⁸ y normas internacionales²⁹⁹.

Por lo que se refiere a la finalidad que persigue, según se recoge en la Exposición de Motivos, el Estatuto pretende ofrecer a las víctimas y a sus familiares, desde los poderes públicos, una respuesta, no sólo jurídica sino también social, lo más amplia posible a todos los problemas que se les puedan plantear, con independencia de la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que sufrieron. Por tanto, ofrece, no sólo una solución reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos, de naturaleza moral, y con independencia de su situación procesal.

En lo que respecta a los sujetos a los que se dirige, se parte de un concepto amplio de víctima, que abarca no sólo a las directas, entendiendo por tales a todas aquellas que hayan sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o un perjuicio económico directamente causados por la comisión de un delito, sino también a las indirectas, que son los familiares en caso de que la persona fallezca o desaparezca a consecuencia del delito.

Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos.

²⁹⁸ En especial, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo; así como la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, y la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Llama la atención que se aluda a estas dos últimas Directivas, que versan sobre los derechos procesales de los denunciados o imputados en los procesos penales, en esta Ley cuya finalidad esencial es reconocer y garantizar los derechos y garantías, procesales y extraprocesales, de la víctima.

²⁹⁹ Así, siguiendo la Convención de Naciones Unidas de Desapariciones Forzadas, incluye en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que ésta recoge.

Comprende, así, a la víctima directa, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados³⁰⁰, en los casos de muerte o desaparición de aquélla.

En cuanto a la territorialidad de su aplicación, los derechos que recoge la Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o respecto de procesos penales que se sigan en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutaran o no de residencia legal.

En lo referente a su estructura, el Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, treinta y cinco artículos estructurados en cuatro Títulos, dos disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y ocho disposiciones finales.

Por lo que respecta a su contenido, el Título Preliminar, rubricado “*Disposiciones Generales*”, está integrado por los artículos 1 a 3. Recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere, tanto a los servicios de apoyo, como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases -incluidas las primeras diligencias y la ejecución-, con independencia del resultado del proceso penal.

En ese catálogo general se recogen el derecho a la información, a la protección y al apoyo en todo caso, el derecho a participar activamente en el proceso penal, el derecho al reconocimiento como tal víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

El Título I, “*Derechos básicos*”, comprende los artículos 4 a 10. Reconoce una serie de derechos extraprocesales, comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso, con anterioridad a la iniciación del proceso penal.

Se reconoce el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, desde el primer contacto, con lenguaje sencillo y accesible. La información deberá ser detallada y sucesivamente actualizada. La persona denunciante tendrá derecho a un resguardo escrito de los elementos esenciales de la denuncia, a la asistencia lingüística gratuita y traducción gratuita del resguardo escrito de interposición de denuncia.

³⁰⁰ Se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona en situación afectiva análoga, sus hijos, parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar. En defecto de los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

También se les informará de cómo interponer la denuncia y se les ofrecerán servicios asistenciales, asesoramiento legal, acceso a medidas de protección y una vía de contacto para recibir información sobre el estado del asunto.

Además, como los derechos de las víctimas son independientes de su posible participación en el proceso penal, tendrán acceso a información concreta sobre la causa: fecha y lugar del juicio, notificación de sentencias y resoluciones de medidas cautelares y de libertad del encausado, siempre y cuando lo soliciten y exista una situación de peligro que lo justifique.

Dispondrán de servicios de traducción e interpretación gratuita para que puedan ejercer sus derechos. Se les reconoce el derecho a la traducción e interpretación, tanto en las entrevistas, incluidas las policiales, como en la participación activa en vistas, el derecho a la traducción escrita y gratuita de la información esencial, en particular la decisión de poner término a la causa y la designación de lugar y hora del juicio.

Se regula el acceso a los servicios de apoyo, que comprende la acogida inicial, orientación e información y medidas concretas de protección, sin perjuicio de apoyos específicos para cada víctima, según aconseje su evaluación individual y para ciertas categorías de víctimas de especial vulnerabilidad.

Destaca, por novedoso, entre otros, el derecho de la víctima a hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de Abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

El Título II, "*Participación de la víctimas en el proceso penal*", abarca los artículos 11 a 18. Sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal.

Se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, a la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente, veinte días, a partir de la comunicación, aunque no estén personadas en el procedimiento. Esta es una de las principales novedades y se satisface con ello una de las reivindicaciones de las víctimas.

Se reconoce el derecho a obtener el pago de las costas que se le hubieran causado y a obtener la devolución inmediata de los efectos de su propiedad, salvo en los supuestos excepcionales en los que el efecto en cuestión, temporalmente o de forma definitiva, tuviera que permanecer bajo la custodia de las Autoridades para garantizar el correcto desarrollo del proceso.

En la fase de ejecución, se permite a las víctimas, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa, impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave. Hasta ahora únicamente se hallan legitimados para actuar en ejecución e interponer recurso contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el Ministerio Fiscal y el propio penado.

De esta forma, podrán recurrir, sin personarse, la resolución por la que se acuerde la clasificación en tercer grado en los casos de delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, homicidio, aborto, lesiones, robo con violencia o intimidación, tortura, contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual; y los autos por los que se conceda la libertad condicional en los anteriores casos siempre que se hubiera impuesto una pena superior a cinco años de prisión (art.13-1).

También podrán solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima, con el fin de garantizar su seguridad (art.13-2).

Esta es otra importante novedad ya que reconoce por primera vez a las víctimas de delitos graves la posibilidad de intervenir en la fase de ejecución de las penas, esto es, recurrir las resoluciones de tercer grado (semilibertad) o libertad condicional de sus agresores, sin necesidad de personarse en la causa judicial, si no se ha indemnizado el delito cometido o si existe peligro para la víctima.

Podrán, además, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados.

Se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa, en concreto, a la mediación, que quedará excluida cuando pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

La mediación sólo será posible si la víctima consiente y el infractor realiza reconocimiento previo de los hechos y de su responsabilidad.

El Título III, “*Protección de las víctimas. Víctimas con necesidad especial de protección*”, está formado por los artículos 19 a 26. Versa sobre cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas, así como las medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas.

El Estatuto prevé un régimen asistencial y jurídico que dota de mayor protección a las víctimas especialmente vulnerables: menores, personas con discapacidad, víctimas de delitos sexuales, de trata de seres humanos, de terrorismo, de violencia sobre la mujer y de grandes siniestros con víctimas múltiples.

Para evitar la victimización secundaria, se obtendrá la declaración de la víctima sin demora tras la denuncia, se reducirá el número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, y se garantizará a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada. Se evitará el contacto de las víctimas y sus familiares con los infractores.

También se protegerá la intimidad de las víctimas, a través de una especial reserva en todo lo relativo a sus datos de carácter personal y su imagen que no podrán ser divulgados por los medios de comunicación. Estas medidas de protección se extremarán para las víctimas especialmente vulnerables, para las que se prevé un régimen asistencial y jurídico que va más allá del régimen general, basado en el trato individualizado. Son aquellas que, por sus circunstancias especiales y por la gravedad y naturaleza del delito del que hayan sido objeto (de naturaleza violenta), requieran tal consideración. Se valorará especialmente la inclusión de menores, personas con discapacidad, víctimas de delitos sexuales, víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, violencia sobre la mujer y grandes siniestros con víctimas múltiples.

La adopción de medidas y el acceso a ciertos servicios vienen precedidos de una evaluación individualizada de la víctima, para determinar sus necesidades de protección específica y de eventuales medidas especiales. Dichas medidas han de actualizarse con arreglo al transcurso del proceso y a las circunstancias sobrevenidas.

El Título IV, “*Disposiciones comunes*”, consta de cuatro Capítulos: Capítulo I “*Oficinas de Asistencia a las Víctimas*”, artículos 27 a 29; Capítulo II “*Formación*”, artículos 30 y 31; Capítulos III “*Cooperación y buenas prácticas*”, artículos 32 a 34; Capítulo IV “*Obligación de reembolso*”, artículo 35.

Para hacer efectivas estas actuaciones recogidas en el Estatuto se considera imprescindible conseguir la máxima colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, el Poder Judicial, los colectivos de víctimas, los profesionales que las atienden y el conjunto de la sociedad a través de protocolos de actuación y la promoción de oficinas especializadas.

Por ello, el Anteproyecto recoge una serie de disposiciones comunes, como son las relativas a la organización y funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito, el fomento de la formación de operadores jurídicos y del personal al servicio de la Administración de Justicia en el trato a las víctimas, la sensibilización y concienciación mediante campañas de información, la investigación y educación en materia de apoyo, protección y solidaridad con las víctimas, la cooperación con la sociedad civil y en el ámbito internacional, así como el fomento de la autorregulación por los medios de comunicación del tratamiento de informaciones que afecten a la dignidad de las víctimas.

Cabe destacar, asimismo, que se introducen distintas previsiones para reforzar la coordinación entre los distintos servicios que realizan funciones en materia de asistencia a las víctimas, así como la colaboración con redes públicas y privadas, en la línea de alcanzar una mayor eficacia en los servicios que se prestan a los ciudadanos, siguiendo así las directrices de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).

Por último, se recogen dos Disposiciones adicionales.

La primera, prevé la creación y ulterior desarrollo reglamentario de un mecanismo de evaluación periódica global del sistema de apoyo y protección a las víctimas, con participación de los agentes y colectivos implicados, que sirva de base a futuras iniciativas y a la mejora paulatina del mismo.

La segunda, contempla la creación de un Registro de traductores e intérpretes judiciales, como mecanismo necesario para garantizar la adecuada realización de esta tarea, que es fundamental para el desarrollo de los procesos, por parte de estos profesionales; se trata de una actuación derivada también del contenido de la Directiva 2010/64/UE, sobre el derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; las normas de funcionamiento de este Registro de traductores e intérpretes judiciales, que se crea mediante la Ley, serán establecidas reglamentariamente.

3.2. TOMA DE POSICIÓN.

En general, y dada la deficiente, fragmentaria y dispersa regulación de los derechos y garantías de las víctimas, así como la necesidad de unificarla introduciendo una normativa adaptada a las exigencias de las Directivas europeas, el Anteproyecto ha de ser valorado positivamente.

Entre los aspectos positivos, a grandes rasgos, destacan:

1.-La regulación unificada de las normas relativas a los derechos y garantías de las víctimas adecuándolas a la legislación europea.

2.-La aceptación de un concepto amplio de víctima. Tiene en cuenta a toda clase de víctimas, tanto las que sufren el delito directamente como indirectamente y con independencia de si el daño fue moral, físico y/o económico.

Según afirma Domingo de la Fuente³⁰¹, esta idea se corresponde con un valor esencial de la Justicia Restaurativa: la inclusión. Se parte de que no se han de poner límites a quién puede haberse sentido víctima, puesto que ellas también necesitan reintegrarse de nuevo en la sociedad. Así se puede lograr la mejor “curación” de todos implicados en el delito y su mejor reinserción (otro pilar restaurativo).

No obstante, el concepto de víctima presenta ciertas deficiencias y anomalías a las que más adelante se aludirán.

3.-Ofrece a la víctima una solución global a los problemas surgidos a consecuencia del delito, abarcando todos los aspectos, jurídico y social, que se verán afectados.

4.-Confiere un trato individual y personalizado a la víctima, ajustado a sus necesidades y a sus particularidades, actualizado durante todo el proceso penal. Para ello prevé la evaluación individualizada de cada víctima.

En este mismo sentido, Domingo de la Fuente³⁰² expone que en el Anteproyecto se ha sabido ver que cada víctima es diferente y un mismo delito no impacta igual en diferentes personas, por lo que la atención individualizada es esencial para la Justicia Restaurativa, ya que logrará víctimas más satisfechas y con más posibilidades de despojarse del rol de víctima, para poder continuar su camino hacia la superación del trauma del crimen.

5.-Amplio elenco de derechos reconocidos a las víctimas. Incluye algunos que resultan novedosos y de especial trascendencia, como dar entrada a la víctima en la fase de ejecución de la pena, clásico derecho éste, reiteradamente reclamado por las asociaciones de víctimas, con la posibilidad de recurrir, en determinados casos, la concesión de la libertad condicional, la clasificación en tercer grado y otros beneficios penitenciarios, o solicitar medidas de seguridad ante el liberado condicional, o el derecho de las víctimas menores de edad o discapacitadas a que puedan grabar su declaración y liberarse, así, de la obligación de asistir al juicio oral.

³⁰¹ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*El estatuto de la víctima: una norma con enfoque restaurativo*”. Blog La otra justicia. 30 Octubre 2013.

³⁰² Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*El estatuto de la víctima: una norma con enfoque ...ob.cit.*”

También hace referencia expresa a los servicios de justicia reparadora, incorporándolos al elenco de los derechos que asisten a la víctima.

6.-Muchos de los derechos reconocidos en el proceso penal son ejercitables por las víctimas independientemente de que estén o no personadas. En algunos casos, la exigencia de personación de la víctima en el proceso penal supone una grave y desproporcionada medida que obstaculiza, o incluso, impide, el libre ejercicio de derechos de la víctima en el proceso.

Por ello, esta nueva medida contribuye a facilitar la participación de las víctimas en el proceso penal, a conocer de las vicisitudes del mismo, a ser informadas de las resoluciones o cuestiones que les afectan o pueden afectar durante el proceso penal, a ser oídas -una de las mayores necesidades de las víctimas- y a que, en definitiva, se les tenga en consideración en el proceso penal que les afecta, sin menoscabo de otros de sus derechos y sin causarles perjuicios.

En palabras de Domingo de la Fuente³⁰³, la víctima ya no será un mero testigo, un “simple convidado de piedra”. “esta norma deja de considerar a las víctimas como un simple sujeto pasivo para considerarla agente activo que merece ser reconocido con plenos derechos, sin menoscabar los del infractor.

Sin embargo, entiendo que el Anteproyecto adolece también de ciertas deficiencias y objeciones que podrían ser corregidos con el fin de mejorar el tratamiento que en él se da a las víctimas.

Cabe citar, entre otras:

1.-En primer lugar, si bien resulta loable que parta de un concepto amplio de víctima, recogiendo, en principio, el propuesto en la Declaración *sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34), lo cierto es que al definir la víctima indirecta se olvida de las personas que hayan sufrido daños al prevenir el delito o auxiliar a la víctima en peligro, que sí incluye la citada Declaración e, incluso el propio Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, elaborado durante la legislatura del mismo Gobierno, acogiendo, así, el Estatuto un concepto más restringido.

Sería conveniente unificar criterios para evitar futuras problemáticas, y que ambas Leyes, Estatuto de la víctima y Ley de Enjuiciamiento Criminal, definieran del mismo

³⁰³ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, ob.cit.

modo a la víctima, así como que coincidieran en otros aspectos relativos al tratamiento de la víctima; y en este punto ha de considerarse, también, la regulación del Código Penal.

A este olvido ha de añadirse, como recuerda el Consejo General del Poder Judicial³⁰⁴, la necesidad de incluir a los menores como víctimas directas de la violencia de género ejercida sobre sus madres, y no meros testigos, necesitados de una atención especializada, que evite su revictimización. Se le otorgaría, así, una "atención especializada, considerándoles titulares de derechos propios, que han de ser respetados, teniendo en cuenta su interés superior en la adopción de las medidas y resoluciones judiciales, penales y civiles, que les afecten.

El CGPJ apunta, además, que el concepto de víctima debería limitarse exclusivamente a las personas físicas; y, con razón, por motivos de igualdad, resalta la conveniencia de excluir como víctima indirecta al cónyuge separado, de hecho o de derecho, ya que respecto de la persona unida a la víctima por una relación análoga de efectividad se exige que haya estado unida a ella hasta el momento de la muerte o desaparición.

2.-A pesar de aludir expresamente a los servicios restaurativos, siguiendo la línea de la directiva europea, como un derecho de la víctima, con posterioridad se refiere exclusivamente a la mediación penal, con lo que parece que confunde ambos términos. Sin embargo, Justicia Reparadora es una filosofía, una forma de entender la Justicia, un concepto mucho más amplio que la mediación penal, que es una herramienta de aquélla.

Con relación a la mediación penal, se aprecian otras deficiencias que han sido puestas de manifiesto por el CGPJ, en criterio que comparto.

Así, se hace mención expresa de algunas características que ha de reunir el procedimiento de mediación penal, tales como voluntariedad, ausencia de riesgo para la seguridad de la víctima o para su revictimización, ausencia de prohibición legal -por lo que se excluye su aplicación en los casos de violencia de género-³⁰⁵, confidencialidad de los debates y secreto profesional de los mediadores.

Por el contrario, no se hace mención alguna a otras características de especial relevancia como la gratuidad o la oficialidad.

El CGPJ añade que el Estatuto debería regular también las consecuencias del procedimiento de mediación penal así como en el proceso penal, lo que podría hacerse por

³⁰⁴ Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctimas del delito*, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha 3 de Enero de 2014, págs. 20-23. Disponible en página web del CGPJ, www.poderjudicial.es.

³⁰⁵ Vid. artículo 44.5 LO 1/2004, de 28 de diciembre, *sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*.

remisión a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como así hace el Código Penal Procesal.

En mi opinión, el Estatuto de la víctima no ha de regular de forma especial y concreta la mediación penal, sino que bastaría que se reconociera el derecho de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa, en general, y a la mediación penal, en particular (por ser la más extendida). Por lo demás, la mediación penal deberá regularse en una Ley específica y sólo referida a este tipo de mediación, puesto que, al moverse en un ámbito jurídico especial, el penal, ha de reunir características y exigencias también especiales; y sólo en lo necesario, remitir a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello, sin perjuicio de que se regulen determinados aspectos de la misma en otras Leyes, con relación al ámbito que le afecte. Así, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regularan los efectos de la mediación en el proceso penal, forma de introducirse en el proceso, competencia de los operadores judiciales, etc; en el Código Penal se haría mención a los efectos de la reparación en la determinación de la pena y en la suspensión de la ejecución, etc.

Por otro lado, se exige que el infractor reconozca los hechos.

Aún cuando gran parte de la doctrina se muestra partidaria de exigir, como requisito previo para la mediación penal, que el infractor reconozca los hechos y que en las experiencias llevadas a cabo en las distintas Comunidades Autónomas así se haya requerido hasta ahora, lo cierto es que esta condición impide que muchos casos que pudieran ser resueltos en mediación no lo sean. Además, se obvia una de las finalidades primordiales de la mediación: responsabilizar al infractor. Tal vez, en principio, el infractor se niegue a reconocer su intervención en los hechos y su responsabilidad en los mismos; no obstante, durante el procedimiento de mediación puede tomar conciencia de su implicación en los mismos, reconociendo su responsabilidad³⁰⁶.

En este mismo sentido se pronuncia el CGPJ para quien la regulación positiva de la mediación no tiene que limitarse a estos supuestos, puesto que si bien hay casos en los que será conveniente ese reconocimiento de los hechos, bien porque lo exija la víctima, bien por la fase procesal en que nos encontremos o por el fin que se busca (sentencia de

³⁰⁶ En esta línea Domingo de la Fuente, quien considera que partir de que si el infractor a priori, no reconoce el hecho delictivo, no se puede dar un proceso restaurativo es injusto a la vez que fácil, ya que precisamente el reto está en “transformar” o más bien en ayudar a la transformación de los afectados tanto la víctima como el infractor. *Vid.* DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Aquí nadie se rinde*”. Blog La otra justicia. 09 Abril 2014.

conformidad), ello no excluiría, en principio, otros supuestos en los que no exista o pueda prescindirse del reconocimiento de hechos³⁰⁷.

No obstante, aunque el CGPJ se muestra partidario de la no exigencia del reconocimiento de hechos, sí recomienda que se limite al “reconocimiento de los elementos fácticos del hecho”, dado que la Directiva 2012/29 exige, en el artículo 12.1.c, como condición mínima, el reconocimiento por el infractor de “*los elementos fácticos básicos del hecho*” del artículo 12.1,c) por lo que resulta obligada tal exigencia.

3.- Establece un limite temporal para la personación de la víctima más restringido que el establecido en la actualidad. De esta forma, se fija como momento preclusivo antes de la apertura del juicio oral (nuevo art.109 bis de LECR.).

Sin embargo, la jurisprudencia viene admitiendo la personación de la víctima en el mismo acto del juicio oral, con la posibilidad de presentar conclusiones o adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas.

El Anteproyecto debería acoger la interpretación jurisprudencial actual, por establecer un plazo más amplio y resultar, por tanto, más favorecedor para la víctima, sin infringir derecho alguno del acusado.

4.-Aún cuando las víctimas no personadas pueden recurrir ciertas resoluciones, tanto en fase de instrucción (auto de sobreseimiento) como en fase de ejecución (resoluciones del Juez de Vigilancia Penitencia), resulta que para ello se les concede un amplio plazo de veinte días, que si bien se establece favor de ellas para que dispongan de tiempo suficiente para recurrir, lo cierto es que crea problemas procesales. Ello es así porque las partes personadas y el Ministerio Fiscal disponen de un plazo muy inferior, cinco días, transcurridos los cuales se declarararía la firmeza de la resolución.

Sin embargo, esto no puede producirse hasta que transcurra el plazo de veinte días concedido a las víctimas no personadas.

En realidad, tal como afirma el CGPJ³⁰⁸ este plazo, extraordinariamente amplio, debería reconsiderarse ya que no resulta equitativo con relación a las demás partes. Aunque la víctima no esté personada, se trata de una víctima informada, que conoce las actuaciones judiciales, teniendo acceso a las mismas en cualquier momento y que la decisión de no personarse depende de su exclusiva voluntad, por lo que, en consecuencia, deberá asumir las consecuencias de su decisión.

³⁰⁷ Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctimas del delito...ob.cit. pág. 39.

³⁰⁸ Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto...ob.cit. pág. 79, al que sigo, dado que comparto en gran parte sus críticas.

Por ello, la ampliación del plazo para recurrir, en claro perjuicio del imputado, de las partes personadas y de la celeridad del proceso penal, no puede justificarse en la falta de personación.

5.-Con relación a la notificación del auto de sobreseimiento, señala el informe del CGPJ, que se precia una contradicción entre el artículo 12 y el 7, ambos del Anteproyecto, pues mientras que este último establece la notificación de los autos de sobreseimiento y archivo solo a la víctima que lo haya solicitado, el artículo 12 dispone la notificación de la resolución de sobreseimiento a la víctima en todo caso. Por tanto, recomienda la revisión del precepto con el fin de eliminar la contradicción que existe.

Por otro lado, el artículo 12 del Anteproyecto permite prescindir de la notificación a todos los familiares cuando la comunicación ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando la notificación requiera esfuerzos desproporcionados. El Informe del CGPJ³⁰⁹ indica que esta expresión última debe ser suprimida por su carácter subjetiva y discrecional.

Considera el CGPJ, con criterio que comparto, que esta regulación no es respetuosa con el derecho de información ni el subsiguiente de revisión de la decisión de no continuar el procedimiento que la Directiva 2012/29 establece sin límite ni excepción alguna. Por tanto, la falta de notificación debería limitarse solo respecto de aquellos familiares que hayan otorgado su representación al familiar notificado, sin perjuicio de la conveniencia de plantearse la limitación de los familiares que puedan ser considerados como víctimas indirectas a los efectos de esta ley.

6.-El derecho a la participación de la víctima en la fase de ejecución ha levantado polémica.

El CGPJ, en su Informe al Anteproyecto, se pronuncia, mayoritariamente, en sentido favorable a la posibilidad de la víctima de intervenir en la fase de ejecución de las penas. No obstante, se muestra contrario a que éstas puedan recurrir ciertas resoluciones directamente sin necesidad de abogado, una de las más importantes innovaciones del Anteproyecto.

Considera que tanto las peticiones como especialmente los recursos deben articularse en debida forma y tiempo, siendo fundamental no solo la petición –o la impugnación–, sino la *causa petendi*, lo que pone de manifiesto la necesidad de una asistencia técnica de la víctima para exponer sus peticiones adecuadamente y en derecho.

³⁰⁹ Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto...ob.cit. pág. 78.

Por tanto, concluye, en opinión que igualmente comparto, que las víctimas que deseen intervenir en la ejecución deberían constituirse como parte, asistidas de letrado y representadas por procurador.

Sin embargo, en este punto, relativo al artículo 13 del Anteproyecto, se formuló voto particular por siete de los vocales que conformaban el Pleno del CGPJ³¹⁰.

Se oponen a la intervención de la víctima en la fase de ejecución y, en especial, a que participen en lo referente al cumplimiento de las penas privativas de libertad, entre otras razones, por cuanto consideran que esta pena está orientada en su ejecución a la reeducación y reinserción social (art. 25-2 de la Constitución) y la presencia activa de la víctima nada añade a su estatus, pudiendo, además, comprometer seriamente el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena que está cumpliendo el reo, en su perjuicio y del resto de la sociedad.

En consecuencia, mediante el voto particular, se propone modificar el apartado 1 del art. 13, referente a la posibilidad de recurrir.

En cuanto al apartado 2, referente a la facultad de instar medidas de seguridad o facilitar información, proponen mantenerlo, si bien las víctimas habrán de dirigirse al Ministerio Fiscal.

Respecto a estas consideraciones, baste recordar las palabras de Domingo de la Fuente³¹¹, en cuanto que esta “voz” que se da a las víctimas, es congruente con los valores restaurativos como la participación, reconocimiento y respeto al dolor sufrido y no vulnera los derechos de los infractores, puesto que este oír a la víctima, no implica que siempre y en todo caso, se la vaya a hacer caso, es solamente un “equilibrar la balanza” en favor de los directamente afectados, devolviendo a la víctima, el poder y control sobre su vida que perdió tras sufrir el delito.

7.-Siguiendo con la participación de la víctima en la ejecución penal, el CGPJ propone limitarla solo "a los delitos más graves", y, por tanto, estima que deberían quedar excluidas de esa lista, por ejemplo, las víctimas de robos con violencia.

Desde mi punto de vista, no sólo debe mantenerse la intervención de la víctima en la fase de ejecución penal para los delitos graves, sino para cualquier infracción penal puesto que no por ser víctima de un delito menor decae el interés y la necesidad de la víctima de velar por su propia seguridad o por el cumplimiento de la sentencia en todo aquello que le fue favorable (responsabilidad civil, comiso de efectos..).

³¹⁰ *Vid.* Voto particular, en Nota de servicio interior del CGPJ de fecha 3 de febrero de 2014. Disponible en www.poderjudicial.es.

³¹¹ *Vid.* DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*El estatuto de la víctima: una norma con enfoque...ob.cit.*”

8-Por otro lado, como señala el CGPJ, llama la atención la limitación de la intervención de la víctima en la ejecución, circunscribiéndola a las resoluciones del Juez de Vigilancia penitenciaria antes indicadas y, en cambio, no se le da intervención en relación con la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad.

Por ello, el CGPJ propone, actuando con lógica, ampliar las resoluciones recurribles por las víctimas e incluir, no solo el tercer grado y la libertad condicional, sino también la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad.

9.-El Anteproyecto prevé la creación de nuevas Oficinas de asistencia a víctimas.

No hay razón para ello puesto que, como señala el CGPJ³¹², pueden aprovecharse las ya existentes, atribuyéndoles las funciones previstas en la Directiva. De esta forma, se evitará una duplicidad de aquéllas e inútil redundancia de servicios, además de suponer una simplificación de cara a la víctima, que tendrá que dirigirse solo a una oficina y no varias, según el delito del que haya sido objeto, lo que complicaría su actuación.

También sería necesario, como apunta Domingo de la Fuente³¹³, que los servicios de justicia restaurativa existentes en la actualidad se equiparen, eliminando las diferencias que surgen entre Comunidades Autónomas con competencias en Justicia y aquellas en las que no hay.

En definitiva, aún cuando la valoración es, en conjunto, positiva, esta norma constituye tan solo un primer paso, que, además, es susceptible de mejorar. El reconocimiento normativo de derechos no supone garantía de éxito. Es necesario que vaya acompañado de la dotación de medios materiales y personales, con la formación adecuada, suficientes. De lo contrario, será “papel”.

4. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA DEFENSA DE LA VÍCTIMA.

4.1. EN LA REGULACIÓN ACTUAL.

4.1.a) Funciones del Ministerio Fiscal en pro de los derechos de las víctimas.

³¹² Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto...ob.cit. págs. 46 y 84.

³¹³ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “El estatuto de la víctima: una norma con enfoque restaurativo”. Blog La otra justicia. 30 Octubre 2013.

La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, de conformidad con el art. 124 Constitución, tiene como 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.

En este mismo sentido se expresa el Estatuto del Ministerio Fiscal³¹⁴.

El Ministerio Fiscal, al igual que el Consejo General del Poder Judicial, ha dejado patente a través de numerosas Instrucciones y Circulares su preocupación por la adecuada protección y amparo a la víctima del delito³¹⁵, así como a través de la especial atención prestada en diversas Memorias³¹⁶.

No en vano, entre las funciones del Ministerio Público se halla, conforme establece el art.3-10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la de “*Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas*”.

El art. 3-3 de este Estatuto establece la obligación del Fiscal de “*Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*”; habrá de entenderse que los derechos fundamentales abarcan también a los de las víctimas. Y en este mismo sentido lo recoge la

³¹⁴ En el art.1 se dispone que “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”.

³¹⁵ Ejemplo de ello lo constituyen la Instrucción 8/91, de 8 de noviembre, relativa a la exigencia de notificación a los perjudicados por una infracción penal de la resolución judicial que establece indemnizaciones a su favor, o de aquellas que puedan afectarle de una forma u otra, aunque no hubieren sido parte en el procedimiento, la Instrucción 1/92, de 15 de enero, *sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil*, que obliga a extremar la investigación sobre la solvencia de los condenados a reparaciones económicas, pidiendo una mayor investigación de los bienes del inculpado, Instrucción 4/2004, de 14 de Junio, *acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con las víctimas de Violencia Doméstica*, la Instrucción 8/2005, de 26 de Julio, *sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal*, las Instrucciones nº 2/2008 y nº 1/2010 *sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción y en la de ejecución de los procesos penales*, respectivamente, etc. Entre las Circulares, cabe destacar la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado; la Circular 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección; la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica; Circular 4/2005, de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Circular 3/2009, sobre protección de los menores víctimas y testigos; Circular 4/2010, sobre funciones de Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal. También dejan constancia de este interés las Jornadas y encuentros celebrados por Jueces y Fiscales sobre Victimología (entre éstos cabe citar las Jornadas de Fiscales Delegados celebradas en León los días 15 y 16 de marzo de 2010).

³¹⁶ Así, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1992, con el título “Protección a las víctimas de los delitos”, es un ejemplo decisivo de esta preocupación del Ministerio Público por la víctima; a ella le sigue la Memoria de 1994 y varias más, entre las que destaca la Memoria de 2010, que, entre otras cuestiones, trata la problemática de la ejecución de sentencias, entendiéndose que es, sin duda, una asignatura pendiente de toda la Administración de Justicia y que sólo se satisfará la tutela judicial efectiva, si se ejecuta lo juzgado. Las Memorias de 2011 y 2012 resaltan también la necesidad de proteger a las víctimas. Todas ellas se pueden consultar en www.fiscal.es.

Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012³¹⁷ al decir que el Ministerio Fiscal, “*como órgano constitucionalmente responsable de la defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales de todos, en particular de las víctimas y de quienes corren el riesgo de serlo*”, está obligado a reforzar las medidas de control sobre los procesos, no sólo a lo largo de su tramitación, sino, y de forma más concreta, en la ejecución de la sentencia.

En términos similares se pronuncia la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando dispone en el art.773-1 que “*El fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito*”.

El citado art. 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal enumera más específicamente las funciones del Ministerio Fiscal con relación a las víctimas, tales como:

-“4. *Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda*”.

El art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alude a la forma y condiciones para ejercitar la acción penal al señalar que “*Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad*”.

Mientras, el art.108 del mismo Texto Legal se refiere a la forma de ejercitar la acción civil. Esta ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular. Solo si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

³¹⁷ Cfr. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, pág. 987.

Tal como señala Herrero Tejedor³¹⁸ en los casos en que sea el Ministerio Público quien ejercite en solitario la acción penal, no se plantean especiales problemas, pues precisamente su misión de defensor de los derechos de los ciudadanos le hará velar especialmente por los de las víctimas. Sin embargo, cuando coexistan la acción pública y la particular, sí que pueden surgir problemas de no poca envergadura.

-“5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan”.

-“7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

“9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social”.

Para un mayor esclarecimiento, podemos distinguir entre las funciones del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de las víctimas en fase de Instrucción, en los procesos de conformidad y en fase de Ejecución.

-En fase de Instrucción:

Destaca la Instrucción 2/2008 sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción, de 11 de marzo, que resalta que la esencia del Fiscal como promotor de la Justicia es la asunción de la iniciativa procesal, defendiendo la legalidad procesal desde una posición activa, estimulando el desenvolvimiento ágil de las actuaciones. Fija las actuaciones del Ministerio Fiscal en protección de las víctimas en las siguientes:

1) Promover el aseguramiento de las responsabilidades civiles, instando las medidas cautelares necesarias sobre el patrimonio de responsables directos o subsidiarios. Con relación a este punto, la Instrucción 1/92, de 15 de enero, insta a extremar la investigación sobre la solvencia de los condenados a reparaciones económicas y dispone que el Fiscal pedirá, en su caso, una mayor investigación de los bienes del inculpado.

2) Promover la intervención del vehículo cuando fuera procedente.

3) Cuidar de que los informes médicos forenses describan con precisión las lesiones sufridas y el tratamiento exigido para su sanidad, incluyendo en su caso si la víctima va a precisar de terapia psicológica o psiquiátrica.

³¹⁸ Vid. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, “La posición de la víctima y de los perjudicados en el proceso penal”, pág. 3352. Revista Estudios Jurídicos nº 2004. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid. Mayo 2004, pág.3333-3357. Para un más amplio estudio de la problemática que plantea la legitimación del Ministerio en la persecución de las infracciones penales se puede consultar también IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003, pág 129 a 138.

4) Promover la adopción de las medidas en protección de víctimas y testigos que en cada caso resulten pertinentes (órdenes de alejamiento, órdenes de protección, prisión provisional, medidas innominadas en protección de los menores del art. 158 CC, medidas especiales para violencia de género -suspensiones de patria potestad, derecho de visitas y derecho a la tenencia, porte y uso de armas- y medidas cautelares de secuestro y prohibición de difusión, en relación con los delitos cometidos mediante la imprenta y análogos). La Instrucción 4/2004, de 14 de Junio, acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con las víctimas de Violencia Doméstica, hace un estudio mas detallado de esta función respecto a este grupo de víctimas.

5) Velar por la correcta realización de la diligencia de ofrecimiento de acciones. La Instrucción 8/2005, de 26 de Julio, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal completa las obligaciones del Ministerio Fiscal a este respecto.

6) Velar igualmente porque se cumpla la obligación de notificar a los directamente ofendidos y perjudicados cuya seguridad pudiera verse afectada los autos relativos a la situación personal del imputado. Igualmente habrá de velar porque se cumpla la exigencia de notificación a los perjudicados por una infracción penal de la resolución judicial que establece indemnizaciones a su favor, o de aquellas que puedan afectarle de una forma u otra, aunque no hubieren sido parte en el procedimiento, tal como se dispone en la Instrucción 8/91, de 8 de noviembre.

7) Cuidar de que se dé debido cumplimiento a la previsión del art. 771.1.1 LECrim, de modo que cuando se acuerde el sobreseimiento por estimarse que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, sea notificada la resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

8) Evitar en lo posible que la víctima sea citada más de una vez durante la instrucción.

-En los procesos de conformidad:

En estos supuestos se plantea una especial problemática respecto a la protección de los derechos de la víctima, sobre todo si no está personada en el procedimiento. Tal como pone de manifiesto la Instrucción 2/2009, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española, la víctima se ha encontrado históricamente ausente y desinformada -cuando no perpleja-

acerca del resultado pactado del proceso. Para evitar esta situación, la citada Instrucción prevé que, en los casos de conformidad, los Fiscales, en el momento de la negociación y con carácter previo a cerrar la conformidad, oiga a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y los Fiscales lo juzguen necesario, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. También deberá asegurarse de que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales.

-En fase de Ejecución:

La efectiva ejecución de las sentencias es otra de las asignaturas pendientes de nuestro sistema procesal y penal.

Como ya se comentó, una gran parte de ellas no llega a cumplirse y, menos aún, en sus justos términos. Hay, incluso, un alto porcentaje en los que llega a prescribir lo dispuesto en ellas³¹⁹. Estos casos, considero que resultan mucho más perjudiciales para la Administración de Justicia que aquellos en los que ni tan siquiera se inicia el procedimiento o no se persigue el delito. La consecuencia del enjuiciamiento sin ejecución es que, tras poner en marcha la maquinaria de la Justicia y crear falsas expectativas a las víctimas, en particular, y a la sociedad, en general, aquéllas, finalmente, verán frustrados sus derechos, mientras en la sociedad se agrava y reafirma el concepto de que la Justicia no funciona, consolidándose el escepticismo hacia ella y, por último, los infractores quedan impunes, alentándoles así en la convicción de que “delinquir es gratuito” y el juicio “un teatro”, por lo que considerarán, con ello, el camino libre para cometer nuevas infracciones penales.

De ahí que, desde mi punto de vista, una de las principales funciones del Ministerio Fiscal, es, precisamente, velar por el cumplimiento de las sentencias penales y resoluciones que afectan al interés público (art. 3-9º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

La Fiscalía General del Estado ha resaltado, también, en numerosas ocasiones la importancia que, desde la perspectiva de la protección de la víctima, tiene la ejecución de la sentencia así como la necesidad de su control por el Fiscal³²⁰, hasta el punto de que

³¹⁹ Ver artículos 130-1-7º y 133 a 135, todos del Código Penal, en lo relativo a la prescripción de las penas y cómputo del plazo.

³²⁰ Así se recoge, entre otras, en las últimas Memorias de 2009, 2010, 2011 y 2012.

afirma -con razón- que sin la ejecución de la sentencia, no es posible el logro de una efectiva tutela judicial³²¹.

En cuanto al control de la ejecución por el Ministerio Fiscal, la Memoria de la FGE de 2011³²² hace, también, hincapié en esta cuestión al decir, una vez reconocido que el proceso penal no finaliza con la sentencia, que es preciso que el Fiscal siga supervisando la fase de los recursos y la ejecución de las sentencias, al objeto de mantener la adecuada tutela de las víctimas adultos, y menores de edad. Señala que, en particular, deberá prestarse atención a que se les notifique la sentencia y a que se proceda a la completa ejecución del fallo, insistiendo, nuevamente, en la necesidad de un control riguroso sobre la investigación patrimonial del penado.

A estos efectos, con carácter previo al archivo de la ejecutoria, se le confiere traslado al Ministerio Fiscal en el que habrá de comprobar el cumplimiento del fallo en todos sus términos, incluido el completo abono de la indemnización o satisfacción de la víctima³²³.

Por su parte, la Instrucción 1/ 2010 de la Fiscalía General del Estado, de 29 de julio, sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, encomienda a los fiscales el deber de vigilar en ejecución de sentencia por el efectivo cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito, conforme a lo dispuesto en el fallo.

La Circular 4/2010 alude, igualmente, al deber de los Fiscales, en fase de ejecución de sentencias, de velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de las mismas, debiendo oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito o la verdadera situación de insolvencia del condenado. En este último caso, se dispone que se solicitará el archivo provisional y se instará periódicamente, de conformidad con los criterios que deben establecer los Fiscales Jefes, la revisión de las

³²¹ *Vid.* Memoria FGE de 2012, pág. 987-988. Reiterando lo ya manifestado en anteriores Memorias, tras recordar que la función de Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde al Poder Judicial, de acuerdo con los artículo 117.3 Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sostiene que si los pronunciamientos que el Órgano Jurisdiccional dicta, durante el proceso y, sobre todo, una vez celebrado el oportuno juicio oral, no se llevan a efecto mediante su correcta ejecución, no sólo se incumple la propia función jurisdiccional tal y como la Constitución la define, sino que también se resiente el derecho de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 de la misma Constitución. En definitiva, afirma, la garantía de la ejecución forma parte de este derecho fundamental, que sin aquélla quedaría en la práctica vacío de contenido.

³²² *Vid.* Memoria FGE de 2011, pág. 1151.

³²³ A fin de evitar un tratamiento diferente en supuestos iguales la Fiscalía propone fijar cuantías mínimas en materia de indemnizaciones a las víctimas, en todas las Fiscalías. *Vid.* Memoria FGE 2011, entre otras.

ejecutorias en esta situación para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, hasta que prescriba el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas³²⁴.

Otro dato importante en el control de las ejecutorias, consiste en el deber de los Fiscales de promover o cumplimentar el auxilio judicial internacional en materia de investigación patrimonial.

En este sentido, se dio un paso más dirigido a mejorar la cooperación judicial a través del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, mediante la aprobación de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, incorporada al Derecho español por Ley 1/2008, de 4 de diciembre, *para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias*. Esta Ley pretende garantizar en España la máxima cooperación judicial con el resto de los Estados miembros de la Unión Europea regulando el procedimiento a través del cual se han de transmitir, así como reconocer y ejecutar entre las autoridades judiciales españolas y las de los otros Estados miembros de la Unión Europea, aquellas resoluciones firmes por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica como consecuencia de la comisión de una infracción penal.

No obstante, a pesar del interés que ha mostrado la Fiscalía -y, junto a ella, los órganos judiciales y el Consejo General del Poder Judicial- en la ejecución de sentencias, lo cierto es que, en la práctica y para mayor desgracia de las víctimas y de la sociedad, no se encuentra una respuesta efectiva para dar cumplida ejecución a todas las sentencias. Considero que esta “respuesta efectiva” ha de venir de manos del poder ejecutivo, dotando de mayores medios económicos y personales a la Administración de Justicia³²⁵; y también del poder legislativo por cuanto habrían de llevarse a cabo algunas reformas en la normativa procesal y penal.

4.1.b) Organización de la Fiscalía.

En aras del cumplimiento de esta misión de protección a las víctimas, el Estatuto del Ministerio Fiscal (EOMF) permite *“establecer en las sedes de las Fiscalías Provinciales y en las que se considere necesario, centros de relación con las víctimas y perjudicados de las infracciones criminales cometidas en su circunscripción y por las que*

³²⁴ No obstante, a pesar de este mandato, en la práctica resulta imposible llevar a cabo la revisión de las ejecutorias a estos efectos, por el tremendo cúmulo de trabajo que pesa sobre Juzgados y Fiscalías.

³²⁵ En parecidos términos se expresa la FGE en la Memoria 2012, pág 988, según la cual reforzar ese control en la ejecución de las sentencias no depende únicamente de la actividad del Ministerio Fiscal. También, y de forma esencial, los Órganos Judiciales, el Consejo General del Poder Judicial y las Administraciones Central y Autonómicas están obligados a coadyuvar a ello.

se sigue proceso penal en los Juzgados o Tribunales de la misma, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos por ellas y para que aporten los documentos y demás pruebas de que dispongan para acreditar su naturaleza y alcance” (art.4-6º EOMF).

Por otro lado, la creación de las figuras del Fiscal de Sala Delegado³²⁶ para la Protección y tutela de las víctimas y de los Fiscales Delegados de Víctimas en cada Fiscalía Provincial contribuyen a mejorar el trato y la situación de las víctimas en el proceso penal, promoviendo, además, la unificación de criterios en el tratamiento de la misma³²⁷.

Estas figuras representan la superación definitiva de una visión del Ministerio Fiscal como acusador para asumir también la de protector de la víctima en el proceso penal.

Entre sus funciones principales destacan las de:

-Asegurar una clara y puntual información de los derechos de la víctima a lo largo de la sustanciación del proceso, y en fase de ejecución de la sentencia.

-Procurar la satisfacción de las responsabilidades civiles en el proceso penal.

4.1.c) El Ministerio Fiscal ante la victimización secundaria.

Desde la Fiscalía se reconoce que si bien es cierto que todos los ciudadanos, incluidas las víctimas, tienen la obligación de colaborar con la Justicia, esa colaboración no puede convertirse en un sufrimiento adicional. La víctima también es ciudadano y usuario de la Justicia, y desde esta perspectiva también es titular de derechos; y entre ellos destaca el derecho a que el servicio público se preste de forma eficiente, sin que de la colaboración de la víctima pueda derivarse perjuicio alguno para su persona³²⁸.

La Fiscalía proscrib, por tanto, la segunda victimización³²⁹.

³²⁶ El Fiscal de Sala Delegado supone la consagración legal del clásico sistema de delegación de funciones por parte del Fiscal General. Entre las ventajas que supone, en la Exposición de Motivos del EOMF se señalan, de un lado, la descarga del evidente exceso de concentración de tareas en la figura del Fiscal General, y de otro, el facilitar la asunción por dichos Fiscales de Sala Delegados de responsabilidades en materia de coordinación e impartición de criterios, a través de la propuesta al Fiscal General de aquellas circulares o instrucciones que consideren necesarias, tarea esta que, desde el punto de vista de la unidad de actuación, queda mejor cubierta, atendido su grado de especialización y experiencia.

³²⁷ A través de jornadas cuyas conclusiones se remiten a cada Fiscalía. Además, a fin de coordinar las actuaciones en todas las Fiscalías y fijar nuevas metas en pro de una mejor protección a la víctima, se celebra anualmente una reunión entre los Delegados –sin embargo, la situación económica actual ha impedido la celebración de esta reunión en los últimos años-. Igualmente, se elabora la memoria anual, a través de las memorias elevadas por los distintos Fiscales Delegados de víctimas, con el fin de obtener una visión global de la actividad de la Fiscalía.

³²⁸ Entre otras, así lo recoge la Memoria de la FGE de 2010, págs. 1046-1047.

Con el fin de evitarla y de que las personas víctimas, o que colaboran con la Justicia, no sufran ningún perjuicio adicional como consecuencia de esa colaboración y, en el caso de que el perjuicio sea inevitable, logren su rápida reparación, se puso en marcha el Servicio de Atención a las Víctimas³³⁰.

El Libro Blanco de la Justicia³³¹ recoge, también, entre las *Medidas organizativas* a adoptar la necesidad de instalar oficinas de asistencia a las víctimas del delito, al menos con carácter provincial y, en lo posible, con delegaciones en cada Partido Judicial, bajo el control o dirección última del Ministerio Fiscal.

La función principal de este Servicio es la de proporcionar a las víctimas de un hecho delictivo una atención inmediata y adecuada a su situación personal, y asegurar su mantenimiento a lo largo del proceso e incluso con posterioridad, según las circunstancias de cada caso.

Ya en la Memoria de la FGE DE 1992, se decía que “... *No basta tan sólo con la búsqueda de una compensación de tipo económico para la víctima. La idea de «protección» es mucho más amplia, pues ha de significar asistencia inmediata, consistente en la satisfacción de todas las necesidades provocadas por la situación que aquélla padece, junto al establecimiento de programas de información y actuaciones de asistencia social y psicológica en su beneficio*”³³².

En la citada Memoria de 1992³³³ se señalan los objetivos que han de alcanzar los Servicios de Atención a Víctimas. Según la Fiscalía consisten, básicamente, en:

- 1.-Humanizar y acercar la justicia al ciudadano.
- 2.-Completar el déficit del juzgado para con la víctima, ya que normalmente se atienden los derechos del presunto delincuente, pero se suelen descuidar los de la víctima.
3. Proporcionar la asistencia a la víctima desde el primer momento, posibilitando la mediación en los delitos y faltas semipúblicos (perseguibles previa denuncia). Dicha asistencia ha de extenderse al:

³²⁹ Entiende que tras la comisión de un hecho delictivo, además del daño físico, económico, psíquico y social producido, la víctima suele experimentar un grave impacto emocional, que se agrava, en ocasiones, al entrar en contacto con el entramado jurídico-penal. La víctima, generalmente ignora sus derechos porque, precisamente, nadie le proporciona información legal que le indique los recursos de los que puede disponer. Esta ausencia de información y de asistencia inmediata en dichas actuaciones, suele producir lo que la doctrina denomina “Segunda Victimización”, experiencia que en muchos casos resulta incluso más perjudicial que la propia actividad delictiva, y que produce sentimientos de indefensión. *Vid.* Memoria FGE 2010, pág. 1047.

³³⁰ Este servicio se puso en marcha, por primera vez, en la Fiscalía de Madrid en el año 2009 y se pretende extender al resto de las Fiscalías.

³³¹ *Vid. Libro Blanco de la Justicia. “Medidas organizativas o”*. Aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 8 de Septiembre de 1997. CGPJ 1998.

³³² Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1992, pág. 751.

³³³ Memoria FGE 1992, págs. 712 y 717.

-Asesoramiento legal, mediante el cual identificar exactamente la problemática planteada, para posteriormente proceder a una información puntual sobre la situación legal del caso.

-Atención psicológica, actuando sobre todas aquellas personas víctimas que consultan de forma inmediata el suceso delictivo y que presentan un grado de afectación significativo.

-Asistencia social, que facilite inmediatamente un contacto intenso con la víctima, a fin de que se establezca emocionalmente y evitar así traumas posteriores. Se le ha de informar de las alternativas o recursos personales e institucionales y se ha de dirigir la actuación hacia el control del problema y la búsqueda de soluciones concretas.

4. Facilitar información sobre el curso del proceso y los derechos del perjudicado de forma detallada, en lugar del inexpresivo ofrecimiento de acciones en el juzgado. Se ha de dar, además, una información individualizada hacia la víctima en todos aquellos aspectos que ésta debe conocer y tener presente: derechos que le asisten, procedimientos y acciones a desarrollar, recursos existentes en la comunidad y forma de acceder a ellos.

5. Conseguir un efecto reflejo de la Administración de Justicia y de colaboración del ciudadano.

Uno de los últimos avances logrados en el ámbito asistencial es el relativo a las víctimas de seguridad vial. A finales del 2011 el Ministerio de Justicia en colaboración con el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, el Observatorio de Seguridad Vial (DGT) y las asociaciones de víctimas más representativas culminó las gestiones que permitían la habilitación de las Oficinas de Atención a las Víctimas (OAV) dependientes del Ministerio a las víctimas de accidentes de tráfico. De esta forma, se daba un paso importante en lo que era una aspiración antigua de las asociaciones y del Fiscal de Sala de Seguridad Vial, situar a las víctimas de la violencia vial en un plano de igualdad con otros colectivos de víctimas como las del terrorismo o violencia de género que sí estaban siendo objeto de una tutela y protección específica desde las instituciones públicas.

No obstante todo ello, lo cierto es que para una mejor y más completa protección de la víctima resulta necesaria la colaboración entre las distintas Fiscalías y las Oficinas de Atención a las Víctimas³³⁴, relaciones que, en la práctica, se mueven, en general, a niveles bastante aceptables. Resulta conveniente a fin de mejorar la eficacia de la labor del

³³⁴ Ya se mencionaba en la Memoria de 2007 la trascendencia de las relaciones de las Fiscalías con las oficinas de atención a las víctimas.

Ministerio Fiscal en el ámbito de la protección de las víctimas y testigos del proceso penal, la potenciación en las Fiscalías de los Servicios de Atención a las Víctimas³³⁵.

Para alcanzar esa mejor coordinación entre las Fiscalías y las Oficinas de Atención a las Víctimas, la Fiscalía considera imprescindible, tal como viene reclamando a través de diversas Memorias³³⁶, la elaboración de protocolos de actuación, de colaboración y derivación entre los distintos servicios de asistencia a la víctima (Judiciales, Sanitarios, Policiales, Sociales, etc.) que permitan acelerar los diversos trámites, así como agilizar la comunicación entre los distintos profesionales, posibilitando una atención integral y previniendo la victimización secundaria de las víctimas.

Por parte de la Fiscalía, se estima, además, necesario establecer reuniones periódicas con los distintos profesionales que intervienen con las víctimas (Fiscales, Equipos Psicosociales, Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, Cuerpos y Fuerzas del Seguridad del Estado, Dirección General de la Mujer, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Seguridad Social, Oficina de Empleo y demás Instituciones Públicas y Privadas que tengan relación con los distintos asuntos). La finalidad de estas reuniones sería la de establecer una coordinación adecuada y eficaz para la intervención integral respecto de las víctimas y testigos protegidos; evitando, de esta manera, la victimización secundaria³³⁷.

4.1.d) Reivindicaciones de la Fiscalía.

En aras a la consecución de una mayor y mejor protección de las víctimas, la Fiscalía viene entendiendo que la función del proceso penal no puede limitarse a la imposición de una pena sino que, junto con la defensa de la legalidad, se hace preciso también asumir la defensa de otros intereses, tales como la pronta reparación de la víctima o incluso la propia rehabilitación o reinserción social del imputado³³⁸.

A tal efecto, aboga, en primer lugar, por la reforma de las leyes penales y procesales:

³³⁵ Para ello, la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2011, pág. 1144, hace un llamamiento a las Administraciones Públicas para que atiendan su obligación de colaboración en este campo, a través de la dotación a las Fiscalías de los medios personales y materiales necesarios (personal funcionario, equipos multidisciplinarios, etc) o mediante la utilización por el Ministerio Fiscal de las infraestructuras que la Administración competente tenga ya en funcionamiento.

³³⁶ Véanse Memoria de la FGE de 2010, pág. 1049, y Memoria de 2011, pág.1147, entre otras.

³³⁷ En la Comunidad de Madrid, tras la firma, en fecha 29 de Diciembre de 2009, del Convenio de colaboración entre la Fiscalía de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Madrid para la orientación y atención jurídica y psicosocial destinada a la protección de víctimas y perjudicados de delito, estas reuniones comenzaron de manera estable en el último trimestre de 2010, realizándose todos los martes de 12.00h a 14.00h.

³³⁸ *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1994, pág. 617.

-Además de la reforma de leyes concretas, a las que ya se hizo referencia, como la L.O. 19/1994, de 23 de Diciembre, de Protección de testigos y peritos en causas criminales³³⁹ y la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre, de ayuda y asistencia a víctimas de delitos violentos, para dar una respuesta satisfactoria a las víctimas, la Fiscalía, tal como expone en la Memoria de la FGE de 2012³⁴⁰, mantiene que el Código Penal ha de ser objeto de una gran transformación normativa³⁴¹. Y ello porque la sociedad aspira a que este instrumento sea consecuente trasposición en el plano normativo de las aspiraciones de seguridad, libertad y paz social que albergan la mayoría de los ciudadanos. Para ello, dice, es preciso que resulte eficiente y riguroso tanto en el tratamiento del delincuente como en la protección y restauración de la dignidad de la víctima.

-La Ley de Enjuiciamiento Criminal es otro de los ámbitos que han de ser abordados en esa transformación normativa. La Fiscalía entiende que el actual diseño procesal ha agotado sus posibilidades de agilización y simplificación de formas, lo que obliga a considerar la procedencia de efectuar las reformas normativas precisas para su reducción en el futuro, dando entrada también, a una mayor protección de los derechos de las víctimas³⁴². Defiende una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “integral” y no “de parcheo” que afecte a todos los procesos, incluida la Ley del Jurado.

En lo relativo al equilibrio entre los derechos del infractor y los de la víctima, la Fiscalía aporta otro dato importante al entender que, desde su punto de vista los derechos de denunciados y denunciantes, de infractores y víctimas, si bien es cierto que no deben oponerse, no necesariamente están en conflicto, por lo que considera que puede avanzarse en el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas sin menoscabo alguno para los derechos y garantías de los infractores. la Fiscalía se muestra partidaria, en este

³³⁹ La Fiscalía, tal como concluyó en la reunión de Fiscales Delegados celebrada en León los días 15 y 16 de Marzo de 2010 y reiteró en Memoria de 2011, pág.1144, considera necesaria una modificación legislativa de la Ley 19/94 o un desarrollo reglamentario de la misma que mejore y actualice la eficacia de la protección que se pretende brindar. Esta reforma se concretó en la necesaria regulación sobre los cambios de identidad y sus consecuencias respecto de los derechos paterno-filiales, los derechos laborales o las prestaciones de la Seguridad Social, la ampliación, en su caso, de la protección al cónyuge, ascendiente o descendiente, del testigo o perito, o la concreción de cuál sea el órgano de la Administración Central o Autónoma al que corresponde hacerse cargo de los gastos generados por la protección decretada judicialmente: custodia policial, medios económicos y asistenciales, etc.

³⁴⁰ Vid. Memoria FGE de 2012, pág. 13, en concreto, presentación de la Memoria por el Fiscal General del Estado don Eduardo Torres-Dulce Lifante.

³⁴¹ Ya en fecha 8 de Enero de 2013, la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, aprobó el informe relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁴² Vid. Memoria FGE de 2012, pág. 22. Con esta finalidad se pusieron en marcha los trabajos preparatorios encaminados al logro de dicho objetivo, mediante la creación de una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 marzo de 2012 y que fue entregada al Ministro de Justicia en fecha 25 de Febrero de 2013.

sentido, de que instituciones como la mediación se pongan en práctica al considerar que pueden lograr una eficaz reparación del daño, al tiempo que favorecer la reinserción del infractor.

La mediación es otro tema de trascendencia, desde la perspectiva de protección a las víctimas³⁴³. Para la Fiscalía, la finalidad de la mediación no debe ser otra que alcanzar una fórmula reparadora, complementaria al procedimiento judicial³⁴⁴. Se estima que lo importante es que la víctima se sienta parte activa y escuchada en el proceso de resolución del conflicto y que obtenga una reparación no sólo económica del daño sufrido, sino también moral, de modo que se alcance una verdadera conciliación. Para ello es preciso que el imputado reconozca su responsabilidad y se manifieste dispuesto a obtener el perdón de la víctima.

Las Fiscalías que vienen participando y colaborando en experiencias de mediación son cada vez más.

En el marco de la mediación, el Ministerio Fiscal se constituye en una pieza fundamental de defensa de los derechos y garantías de la víctima porque:

-Entre sus funciones está defender el interés de la sociedad, lo que se lleva a cabo de una forma mas satisfactoria con mecanismos de persecución penal en los que la sociedad participe de una forma más directa, como ocurre en la mediación.

-Es el encargado de impulsar en los Tribunales de Justicia la persecución penal por lo que tendrá una participación activa en la actividad mediadora dentro del proceso penal.

-Debe velar por la satisfacción de las víctimas, a las que, en su caso, defiende en el proceso penal, y con la mediación contribuye a esa finalidad.

Otra de las reivindicaciones que viene haciendo la Fiscalía es la urgente necesidad de elaborar un Estatuto de la víctima³⁴⁵.

4.1.e) Especiales actuaciones de algunas Fiscalías en concreto.

En cuanto a la labor de Fiscalías en concreto, cabe citar la actuación de algunas de ellas que han hecho especial hincapié en la defensa de los derechos de las víctimas. Así:

³⁴³ Así lo puso ya de manifiesto en Memoria de FGE de 2008, pág. 779.

³⁴⁴ Memoria de la FGE de 2009, pág.882.

³⁴⁵ Memoria FGE de 2012, pág. 984, reiterando lo ya expuesto en anteriores Memorias. Sobre este punto, los distintos Gobiernos que se vienen sucediendo muestran interés si bien ninguno de ellos ha abordado definitivamente la cuestión.

1-La Fiscalía Provincial de Barcelona³⁴⁶, que ya desde el año 1993 -fecha en la que puso en funcionamiento el Servicio de Atención a las Víctimas- viene destacándose por su labor en defensa de los derechos de las víctimas. Para ello cuenta con un equipo multidisciplinar que permite un tratamiento integral de sus necesidades.

En el año 2009 se implantaron definitivamente los cambios operados en el año 2008, derivados de la unificación de la coordinación del Servicio de Atención a Víctimas con violencia de género, doméstica y familiar.

Se llevan a cabo contactos con los Centros Penitenciarios, a fin de tener el puntual conocimiento de permisos y excarcelaciones que hagan recomendable, en los supuestos de riesgo, una información a la víctima sobre tal hecho, así como la adopción de las necesarias medidas de protección.

Ha desplegado una amplia actividad en diversos aspectos:

a) Comprobar en las actuaciones judiciales las comunicaciones de aquellos actos procesales que se van llevando a cabo y puedan ser de su interés o afecten a la seguridad de las víctimas. Entre ellos destaca la notificación de las Sentencias recaídas, que se realiza solicitando en los escritos de acusación expresamente por Otrosí tal notificación al amparo de la legalidad vigente para que, cuando se dicten aquéllas, el Juzgado correspondiente proceda a efectuarla. En los casos de víctimas con seguimiento personalizado estos datos se comprueban expresamente e incluso se les informa directamente a través del servicio.

b) Ofrecimiento directo a determinadas víctimas de delitos de agresión sexual, lesiones, prostitución, o malos tratos de un seguimiento personal en el servicio. Ello implica la posibilidad no solo de tener un contacto directo con los Fiscales, sino también con el equipo de psicólogas y trabajadora social. En este punto, tras localizar a la víctima, el servicio les ofrece información sobre los trámites procesales, entrevistas con la psicóloga o trabajadora social y protección en los supuestos más graves, consistente ésta en que durante las actuaciones judiciales sean acompañada por los mossos d'esquadra, lo que supone superar las reticencias ante el Órgano Judicial. Igualmente por las Psicólogas y la Trabajadora Social se hace un estudio en orden a su situación y la necesidad de tratamiento para posteriormente derivarlas a los servicios sociales con que cuenta la comunidad o bien el Ayuntamiento de Barcelona.

³⁴⁶ La FGE viene alabando, de manera especial, su actuación -a la que califica de ejemplar- en numerosas Memorias, entre ellas, las de los últimos años, de 2010, 2011 y 2012.

Por otro lado, se insta a los Fiscales a que procuren evitar la confrontación visual entre víctima y agresor, lo que adquiere especial interés en supuestos de menores de edad o personas especialmente vulnerables, o bien en víctimas con secuelas que por el temor a enfrentarse con el agresor pueden ver mermada su declaración en el acto del juicio oral. Igualmente cuando una víctima de un delito violento acude al servicio las peticiones que formula y su propia declaración es puesta en conocimiento del Fiscal que acude al acto del Juicio oral con la finalidad de que tenga puntual conocimiento de su estado.

c) Facilitar a los Fiscales toda la información de que se dispone en el servicio.

La unión de tres especialidades tan interrelacionadas como son Violencia de Género y Doméstica, Familia y Protección, facilita enormemente la labor por cuanto que en la mayoría de las ocasiones el conocimiento de los Fiscales sobre la materia viene dado por el propio despacho de los procedimientos.

La Fiscalía de Barcelona comenzó con la instalación de un registro informático de las Diligencias. Su finalidad es poder disponer de modo rápido de todas las diligencias incoadas en Fiscalía desde el inicio del servicio hasta la actualidad, para tener un conocimiento puntual de las distintas denuncias o actuaciones que se han llevado a cabo con las víctimas y hacer un puntual seguimiento de su situación³⁴⁷.

Igualmente se cuenta con el acceso al sistema TEMIS, sistema de registro informático de los Juzgados de la provincia de Barcelona, de modo que los tramitadores pueden acceder al mismo para obtener datos de los procedimientos, e introducir tales datos en los expedientes que se tramitan en el servicio, en orden a procurar una adecuada protección de la víctima.

Estas dos posibilidades, la propia de Fiscalía y la que facilita el acceso a los datos de los juzgados, permite un conocimiento rápido y exacto de los trámites procesales de un determinado procedimiento.

2- La Fiscalía de Valencia ha llevado a cabo un importante empuje en esta área de actividad del Ministerio Fiscal. Su actuación se ejecuta esencialmente a través de una estrecha colaboración con las Oficinas de Atención a las Víctimas. Desde esta Oficina, en colaboración con las secciones correspondientes de las Fiscalías, cada una en el ámbito de

³⁴⁷ El programa informático que recoge estos datos ha sido creado al efecto para ello y se obtienen a través del GIF, que es el propio registro de la Fiscalía. Los atestados remitidos por los Juzgados de Guardia ya sea de Instrucción o de Violencia de Género, se registran informativamente por el nombre de la víctima, dándole un número al expediente e introduciendo además, los datos del agresor y el número del procedimiento del Juzgado, igualmente pueden recogerse otros datos de interés. Este registro está conectado con el general de la Fiscalía, de modo que si el agresor comete más hechos delictivos estos quedarán relacionados.

sus funciones, se ha prestado atención a diversas víctimas derivadas de distintas instancias como los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la Casa Cuna, etc.

Según las circunstancias, se les ha realizado a las víctimas acompañamiento a juicio en casos de delitos de agresión sexual, a veces desde el aeropuerto, seguimiento y control psicológico, tanto a ellas, como, en algunos casos, a sus hijas; se ha contactado con los letrados y con otras instituciones como Centro Mujer de Valencia, se les ha comunicado la excarcelación del acusado para garantizar su protección, se les ha derivado a CAVAS³⁴⁸ para atención psicológica, y se les ha gestionado las ayudas de la ley 35/1995.

3.-La Fiscalía de Gerona viene desarrollando también una importante labor a través de su estrecha colaboración con las Oficinas de Atención a las Víctimas. En concreto, en los supuestos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, técnicos de dicha oficina acompañan a la víctima a juicio; en presencia del técnico que acompaña a la víctima, se produce un encuentro entre ésta y el Fiscal encargado de asistir a la vista del Juicio Oral³⁴⁹.

Por otro lado, teniendo en cuenta el hecho de que en la provincia hay un elevado número de personas en situación de estancia temporal, lo que hace que sea importante el número de perjudicados por hechos delictivos que tienen su residencia habitual fuera del territorio nacional, el Ministerio Fiscal insta a la práctica de las declaraciones de los mismos, antes de su partida, procurando que la misma se realice como prueba preconstituida garantizando los derechos de defensa.

Igualmente, es de resaltar que en aquellos supuestos en los que la víctima tiene su residencia fuera de la provincia o, incluso, en otro partido judicial, si sus circunstancias lo aconsejan, para evitar desplazamientos y, en cuanto sea posible, molestias innecesarias, se fomenta el uso de la videoconferencia como modo idóneo de prestar declaración testifical en el acto del juicio oral.

En cuanto a la actuación del Fiscal en el acto del juicio oral se informa a las víctimas de los términos y razón de la conformidad alcanzada. Asimismo se cuida de que la víctima y demás testigos sean informados de las contingencias referidas a la posible suspensión de juicio.

4-Otro ejemplo de organización interna es la Fiscalía de Málaga. La Sección se constituyó en 2010 y está compuesta por cuatro Fiscales. Su existencia se dio a conocer a través de los medios de comunicación, se remitieron oficios al Director de la Clínica

³⁴⁸ Centro de Atención a Víctimas de Agresión Sexual. Es una entidad sin ánimo de lucro, que ofrece servicios gratuitos a mujeres y niños que hayan sufrido algún tipo de agresión sexual. El equipo está formado por abogadas, psicólogas y trabajadoras sociales.

³⁴⁹ En el último periodo anual se ha seguido constatando que esta medida resulta muy positiva para las víctimas, según verifican los técnicos que las acompañan.

medico-forense, y, para informar a las víctimas de sus derechos, se redactó una carta, donde se explicaba claramente la existencia de este servicio en la Fiscalía Provincial, los derechos que eventualmente podrían corresponder a las víctimas, y los canales de comunicación con la Sección de Protección de Víctimas.

Con objeto de tener conocimiento en dicha Sección de los asuntos en que pudieran existir víctimas, se dictó nota de Servicio emitida por la Jefatura, ordenando remitir copia de lo actuado en el Servicio de Guardia a la Sección de Víctimas, para que valorase su posible intervención.

4-En el País Vasco la creación de un Centro de Coordinación con sede en Bilbao de todas las oficinas de atención a las víctimas, ha abierto un futuro con muchas expectativas.

4.2. EN LOS PROYECTOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

4.2.a) El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

El Ministerio Fiscal se constituye en el director del procedimiento de investigación penal, estando sujeto a la permanente vigilancia del llamado Juez de garantías.

Este Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deja claro el papel del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos de la víctima, atribuyéndole una participación más activa, de forma que el Ministerio Fiscal será el encargado de impulsar, a través de la Mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora para los intereses de aquéllos.

Así el art. 158-1 del Anteproyecto dispone que *“El Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación...”*.

Igualmente, reconoce el Anteproyecto otras funciones del Ministerio Fiscal en orden a la protección de las víctimas, así:

-El artículo 57, que bajo el título “Principio de legalidad” establece que:

“1. El Ministerio Fiscal, ante la fundada sospecha de la comisión de un delito público, está obligado a:

d)ejercitar la acción civil a favor de las víctimas del delito en los casos previstos en esta ley.

2. De modo especial corresponde al fiscal la función de velar por los derechos de las víctimas, y en particular actuar en defensa de los intereses de los menores, las personas con discapacidad y las personas desvalidas³⁵⁰, en tanto no gocen de una defensa efectiva”.

-El artículo 75, que recoge el “*Derecho a obtener una reparación civil en el proceso penal...*”

2. Cuando la víctima no se haya personado como acusación particular ni como actor civil, ejercerá la acción civil en su interés el Ministerio Fiscal, salvo que expresamente aquélla se reserve dicha acción o renuncie a ella”.

-El artículo 76, dedicado al “*Ofrecimiento de acciones*” dispone que :

“1. Tan pronto resulten conocidas las personas que tienen la condición de víctimas con arreglo a lo dispuesto en esta ley, la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal les instruirán de su derecho a intervenir en el procedimiento”.

Quien no vea reconocida por el fiscal su condición de víctima podrá acudir al juez para que tutele sus derechos. En este caso, el que se atribuya la cualidad de ofendido o perjudicado por la infracción podrá acudir al Juez de Garantías a efectos de que acepte su personación en el procedimiento de investigación como acusador particular, sometiendo a revisión judicial la negativa del fiscal.

4.2. b) El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013.

Al igual que el anterior, este Proyecto atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, por lo que su figura pasa a ser esencial.

De ahí que, con la colaboración de la Policía Judicial bajo su dirección, sea el encargado de esclarecer el hecho punible (art.56). Por ello, será el competente para acordar lo necesario en orden a recabar información y pruebas, tales como recibir declaraciones, recogida de instrumentos y efectos del delito u otras que interesen a tal fin, así como para adoptar medidas cautelares para asegurar los instrumentos y efectos del delito y las piezas de convicción o, incluso, podrá acordar la detención del encausado.

Igualmente, como en el Anteproyecto de 2011, será el Ministerio Fiscal quien acuerde o deniegue tener por parte a quienes pretendan intervenir como tales en las

³⁵⁰ Respecto a estas víctimas (menores o con discapacidad), el art. 67 del Anteproyecto impone al Ministerio Fiscal la obligación de promover las actuaciones judiciales oportunas ante la jurisdicción civil para dotarlas de representación legal, cuando no la tuvieren.

Diligencias de Investigación, resolución que será impugnada ante el Tribunal de Garantías (art.128 y sig).

Está también, coincidiendo con lo previsto en el Anteproyecto de 2011, legitimado para ejercitar, junto a la acción penal, la acción civil fundada en el hecho punible en interés del perjudicado, salvo que éste se constituya en parte del proceso como parte acusadora o actor civil (art. 57).

En cuanto al procedimiento de mediación penal, el Ministerio Fiscal se erige en colaborador del equipo de mediación, de forma que será él quien comunique a la víctima, directamente o a través de Oficina de Atención a las Víctimas, la voluntad del infractor de someter el conflicto a mediación salvo que lo considere inadecuado en razón de la naturaleza del hecho (art.144-2).

Por su parte, el mediador comunicará el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal (art. 144-3).

Por último, el Ministerio Fiscal podrá suspender, si lo considera oportuno, las Diligencias de Investigación, mediante decreto, cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal (art. 145).

A diferencia del Anteproyecto de 2011, nada se dice en éste expresamente sobre su competencia para someter el caso a mediación. En lo demás, su actuación resulta asimilable.

5. CONCLUSIONES.

A pesar de los avances logrados en los últimos tiempos, el sistema penal continúa olvidando, tal como señala Pérez Cepeda³⁵¹, que también está obligado a garantizar los derechos de las víctimas, y éstas a exigirlos. La víctima no sólo soporta los efectos del crimen sino que también tiene que soportar la insensibilidad del sistema legal y la indiferencia de los poderes públicos. Su opinión y la del ciudadano que resulta perjudicado no tienen ninguna relevancia.

De ahí que, tal como han puesto de manifiesto los estudios sociológicos, la Administración de justicia se coloca entre los poderes públicos peor gestionados y peor

³⁵¹ Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación”...ob.cit. pág.444.

valorados por la ciudadanía³⁵². La eficiencia de la Administración de justicia se mide por el número de asuntos que tramita y decide³⁵³.

Sin embargo, la ineficacia de la Justicia, la inexistencia de una política criminal coherente, la falta de atención y consideración hacia la víctima del delito, la impunidad del delincuente, son factores que determinan un incremento de la criminalidad en nuestro entorno con el consecuente aumento de la inseguridad ciudadana. Esta situación puede derivar, tal como señala Iñiguez Ortega³⁵⁴, en que, si el legislador no acomete con urgencia las oportunas reformas, la sociedad puede verse obligada a utilizar fórmulas de autoprotección que pueden acarrear serios peligros.

La Administración de Justicia atraviesa una profunda crisis que ha de ser abordada con importantes reformas para optimizar el sistema y dotar a la justicia de la suficiente credibilidad ante la ciudadanía, para que renazca la confianza en ella.

Entre esas reformas, se abre paso un nuevo planteamiento que considera que satisfacer a la víctima ha de ser una de las prioridades a tener en cuenta en la resolución del conflicto.

Esa nueva realidad exige que la Administración de justicia ponga al servicio de los ciudadanos métodos de resolución de controversias útiles³⁵⁵. En este terreno, en opinión, que comparto, de Ortuño Muñoz y Hernández García, los métodos alternativos de resolución de conflictos³⁵⁶ tienen un papel importante que desempeñar, puesto que muchos problemas pueden encontrar una solución razonable, tanto por la vía de la modernización del arbitraje, como de la mejora en los métodos de la negociación³⁵⁷.

Junto a estos métodos, como continúan diciendo los citados autores, ha de desempeñar un papel primordial la implantación de la mediación, puesto que puede contribuir a que una gran parte de estos problemas encuentren una respuesta efectiva, viable y útil. Para ello, siguiendo a Ortuño Muñoz y Hernández García, es necesario que,

³⁵²Vid. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”. Fundación Alternativas 2007, pág.15. Disponible en www.falternativas.org.

³⁵³ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...ob.cit. pág.20.

³⁵⁴ Vid. IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003, pág.524.

³⁵⁵Vid. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...ob.cit. pág. 23.

³⁵⁶ Frecuentemente designados por las siglas “ADR”, que responde a la expresión en inglés “Alternative Dispute Resolution”. Se distinguen distintas formas en función del papel que va a desempeñar el tercero en el proceso de solución del conflicto, las más conocidas son: conciliación, mediación, arbitraje.

³⁵⁷ No obstante, es necesario recordar que no todos los métodos alternativos de resolución de conflictos pueden ser aplicados en el ámbito del derecho penal, por las especiales características que lo definen.

desde la Administración de justicia, se dote al ejercicio de la mediación de un mínimo de garantías de seriedad, calidad y reconocimiento³⁵⁸.

Como complemento a la implantación de estas nuevas vías de resolución de conflictos, es necesario elaborar un estatuto jurídico de la víctima.

Como expuso Tamarit Sumalla³⁵⁹, nos encontramos ante un “*inarticulado*” estatuto procesal de la víctima. Entiende el autor, con razón, que las reformas efectuadas en los últimos años, aunque han mejorado la posición de la víctima, se han introducido de modo muy caótico, por impulsos de signo muy diverso, por lo que han de llevarse a cabo una serie de iniciativas legislativas necesarias para ordenar y sistematizar estas reformas.

En opinión que comparto de este autor, hay que definir un estatuto jurídico de la víctima con independencia de la clase de víctima que sea, puesto que si bien las víctimas no son todas iguales, sí hay una serie de elementos comunes que deben estar bien definidos³⁶⁰. Ello, tal como señala Tamarit Sumalla³⁶¹, independientemente de que haya que hacer diferencias y adoptar diferentes medidas respecto a víctimas especialmente vulnerables, como menores e incapaces. Pero, en todo caso, tienen que ser diferenciaciones objetivadas, no ha de tenerse solo en cuenta la clase de delito que han sufrido.

IV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA NUEVA JUSTICIA³⁶².

³⁵⁸ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “*Sistemas alternativos a la resolución de conflictos...*ob.cit. pág. 23.

³⁵⁹Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid, op.cit. pág. 41.

³⁶⁰ Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. 29 de Febrero 2008. Madrid, op.cit. págs. 41 y 59. Opinión que es igualmente compartida por Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (pág. 52 de las citadas Conclusiones) y de la que difiere Isabel CARBADILLO GONZÁLEZ (pág. 47) al entender que es importante hablar del responsable, de quién va a reparar el daño sufrido por la víctima.

³⁶¹ Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*”ob.cit. pág 59.

³⁶² En realidad, no se trata de una nueva justicia, sino de “recuperar” esta forma de entender la Justicia, puesto que este tipo de Justicia, tal como se pone de manifiesto por diversos estudiosos, siempre existió, aunque se fue perdiendo con la formación de los estados y su estructura política y administrativa, si bien muchos de sus valores y prácticas permanecen aún en comunidades indígenas Entre otros, *vid.* DOMINGO LA FUENTE, V. “*Entrevista a Howard Zehr*” y DEL VAL, M^a Teresa, “*Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad*”, ambos en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, págs 115-117 y págs. 45-55, respectivamente.

1. INTRODUCCIÓN.

El descontento -fundamentado- de la ciudadanía con la actual Administración de Justicia es ya un hecho sobradamente constatado.

En el *Libro Blanco de la Justicia*³⁶³ se señala que los datos de que dispone el Consejo General del Poder Judicial -a partir de estudios, promovidos por él mismo o por otras instituciones-, conducen a estimar que se está desarrollando en la sociedad española una creciente y generalizada desconfianza en la Justicia y en la capacidad de Jueces y Tribunales para resolver adecuadamente los conflictos ante ellos planteados, y para garantizar, en suma, la correcta aplicación de la ley.

El justiciable se encuentra ante una Justicia que no cubre sus necesidades, que no satisface sus expectativas, por lo que le ocasiona frustración y un sentimiento de abandono.

Es una Justicia lenta, costosa, rígida, distante e inútil puesto que, en la mayoría de los casos, no resuelve el conflicto que surge entre las partes por la comisión del delito -a veces, incluso, lo agrava-, ni cumple la misión que le viene encomendada.

Por otro lado, existe un incremento de la conflictividad y litigiosidad en todos los sectores jurídicos, así como una excesiva judicialización de la sociedad, lo que conlleva una, ya declarada por todos los agentes jurídicos, incapacidad del sistema procesal penal para asumir esa enorme carga de trabajo.

Ello, unido a la insatisfacción de la ciudadanía, obliga a buscar nuevas formas de administrar justicia que puedan responder a las necesidades reales de aquélla en su búsqueda de una justicia rápida y eficaz.

Sin embargo, hay dos factores que destacan de manera especial y que hacen que sea necesario adoptar medidas urgentes para dotar a la Administración de Justicia de la eficacia, fiabilidad, confianza y credibilidad ante el justiciable que a la misma debe caracterizar³⁶⁴. Son, por un lado, el hecho de que el sistema penológico se muestra incapaz en la difícil tarea de resocialización y rehabilitación del infractor y, por otro, el sistemático

³⁶³ Vid. *Libro Blanco de la Justicia* (aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 8 de Septiembre de 1997). CGPJ 1998.

³⁶⁴ Un gran sector de la doctrina justifica el nacimiento de las nuevas teorías de la reparación en la política criminal, de una parte, en el fracaso atribuido a los mecanismos tradicionales de prevención del delito, especialmente a la pena privativa de libertad, y, de otra, a las numerosas voces que se alzan en denuncia del escaso o nulo papel que ostenta la víctima, tanto en el Derecho Penal sustantivo como en el procesal.

olvido de los derechos y garantías de las víctimas y su inapropiado tratamiento en el sistema judicial actual³⁶⁵.

Para resolver este problema, además de incrementarse los medios personales y materiales destinados a la Administración de Justicia, considero imprescindible llevar a cabo un adecuado y profundo desarrollo legislativo, así como el establecimiento de medios alternativos, unos, y complementarios, otros, de resolución de conflictos³⁶⁶.

Estos deben consistir en mecanismos fiscalizados y controlados por los órganos jurisdiccionales, incorporados, así, al ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, de naturaleza intraprocesal, con el fin de formar parte del *ius puniendi* del Estado.

De los dos factores que se han destacado que reclaman una urgente atención, nos centramos aquí en la figura de la víctima.

Resulta interesante traer a colación la cita de Cristóbal Fábrega y Ramón Sáez³⁶⁷, “*Un derecho penal que se ocupe solo de la represalia por el hecho y de la resocialización del delincuente, sin tomar en cuenta a la víctima, será un derecho penal inútil, injusto e ilógico*”.

En respuesta a esa necesidad de dar mayor relevancia y satisfacción a las expectativas de la víctima, surge un movimiento que aboga por la adopción de nuevas formas de resolución de conflicto basadas en la reparación del daño privado. A raíz de ello, se ensayan en distintos países los llamados procedimientos de mediación y conciliación, y se propugna la prevalencia de los principios de intervención mínima y de oportunidad, que permitan excluir la pena cuando la satisfacción del daño se considere

³⁶⁵ Esta situación de la víctima es tan sumamente penosa hasta el punto de que se la considera doctrinalmente “*la gran olvidada del sistema procesal*”. Afirmación que, en palabras de Queralt, se ha convertido ya en tópica. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España y perspectivas internacionales*” en *Derecho, proceso penal y victimología*, VVAA (dir. por REYNA ALFARO, Luis Miguel), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. Disponible en conf-mediacion perspectivas.doc. De hecho, este término ha dado lugar a títulos de obras, tales como *La hora de la víctima* de HERRERA MORENO, ob.cit., *Víctimas olvidadas* de TAMARIT SUMALLA, J.M, (coord.), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010 y *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento* de SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología nº 73. Granada 2006.

³⁶⁶ En el ámbito penal, entiéndase por “resolución de conflicto”, no el delito en sí como conflicto, sino los conflictos que produce el delito a través de sus efectos y repercusiones tanto en la víctima, como en la sociedad, como al propio infractor, puesto que, tal como aclara Domingo de la Fuente, “*el delito no es un conflicto o al menos no lo es en sentido literal, sin embargo, es verdad que el delito genera conflictos, y añade que “reducir el delito a un conflicto puede parecer que se trata de minimizarlo o justificarlo, asimismo las víctimas pueden pensar que fue su culpa o que se merecían sufrirlo y todo esto lejos de ayudarlas y asistirlas a la hora de superar el trauma, puede agudizarlo y empeorarlo*”. Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*El delito ¿es un simple conflicto?*” en Blog *La otra Justicia*. 12 Junio, 2013.

³⁶⁷ Cfr. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010. pág. 64.

suficiente en el caso concreto, e, incluso, se sugiere la configuración de la reparación como sanción penal o como fin de la reacción punitiva.

La propuesta que más repercusión ha tenido ha sido la de Roxin³⁶⁸ que ha postulado por la reparación como una “tercera vía”. El autor, rechazando su configuración como una pena aflictiva, la considera como un fin autónomo dirigido a colmar las expectativas resarcitorias de la víctima concretamente lesionada, puesto que parte del carácter voluntario de la reparación. Le atribuye efectos resocializadores al hacer que el autor se enfrente con las consecuencias de su hecho y asuma los legítimos intereses de la víctima. Se configura así como un medio para la consecución de fines penales preventivos, de carácter menos lesivo y más satisfactorio desde el principio de subsidiariedad.

Como ya se comentó³⁶⁹, el Proyecto Alternativo de Reparación, encabezado por Roxin, supuso un importante empuje al movimiento restaurativo³⁷⁰.

También hay que destacar la enorme y determinante influencia que para este modelo de justicia supuso la obra de Howard Zehr y la de Nils Christie³⁷¹.

La Justicia Restaurativa reconoce a la víctima, le devuelve el protagonismo que merece y vela por la cobertura de sus necesidades.

Consiste en un nuevo movimiento que, reconociendo que el crimen causa daños a las personas y a las comunidades, se apoya en que la Justicia ha de reparar esos daños y las partes pueden y deben participar de forma directa en ese proceso, hasta el punto de que, en ocasiones, se encuentran al frente de la toma de decisiones. Se caracteriza por una fuerte orientación hacia la escucha y el diálogo.

³⁶⁸ Esta concepción ha sido plasmada en el llamado “*Proyecto Alternativo sobre Reparación penal*”, Munich, 1992. Más adelante se volverá a tratar de esta propuesta de Roxin.

³⁶⁹ Supra pág. 26.

³⁷⁰ Ambos modelos son las dos propuestas fundamentales que han pretendido dar, dentro de la esfera penal, una respuesta al conflicto penal en el que tenga una mayor participación la víctima. Una, son los procesos de mediación, que tiene entre sus objetivos más importantes la reparación –no en el sentido de “tercera vía”– y que constituye una de las formas de solución propia de la justicia restaurativa. La otra vía es la reparación entendida, como una vía distinta a la pena y a la medida de seguridad –por ello se habla de tercera vía–. Vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “*Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso -Chile- XXVI. 2005, Semestre I, págs 27-39, pág 31.

³⁷¹ El primero citado, entre otros, por DE JORGE MESAS, Luis Francisco “*La mediación en los países de nuestro entorno cultural*” Cuadernos Digitales de Formación Vol 5, 2008, pág. 226; y el segundo por GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007, quien alude, en concreto, a su artículo “*Conflicts as Property*”, British Journal of Criminology, Vol. 17, núm. 1, 1976, en el que argumenta la necesidad de establecer una alternativa al sistema penal tradicional que permita una solución ante situaciones de conflictos. Tamarit Sumalla cita, como precursores de la justicia restaurativa, la obra de ambos autores, Zehr y Christie, junto con la de Barnett. Vid. TAMARIT SUMALLA, “*Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, y marco teórico*” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, págs. 5-6.

Por ello, la Justicia restaurativa y, en concreto, la mediación penal, como una de sus manifestaciones, se erige, desde mi punto de vista, en una de las vías más adecuadas para el logro de estas pretensiones de dar mayor relevancia a los derechos y a las necesidades de las víctimas.

En suma, puede decirse que el “redescubrimiento de la víctima” lleva al “redescubrimiento de la Justicia restaurativa”.

2. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

En primer lugar, sería preciso recordar que Justicia Restaurativa y ADR³⁷² no son sinónimos.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR) pueden ser definidos, siguiendo a Cuadra Ramírez³⁷³, desde dos ópticas, la primera, en sentido amplio, que comprenden las alternativas paralelas al sistema de administración de justicia que permite a los particulares resolver las controversias de manera privada y, la otra, en sentido restringido, se trata de aquellos mecanismos encaminados a solucionar las controversias entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas, o bien, a través del nombramiento de mediadores, conciliadores o árbitros que coadyuven en la solución alterna a los conflictos.

Los principales medios alternativos para la solución de conflictos son, como ya se dijo, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Cid Moliné³⁷⁴, por su parte, distingue entre uno y otra en razón del objetivo perseguido. Así, entiende que mientras que el objetivo del ADR es llegar a una solución *pactada*, el interés de la justicia restauradora es alcanzar a una solución *justa*, que restaure a la víctima y a la comunidad del daño producido por el delito.

³⁷² O las siglas RAC: Resolución Alternativa de Conflictos.

³⁷³ Cuadra Ramírez expone así las definiciones que dan la mayoría de los tratadistas. *Vid.* CUADRA RAMÍREZ, José Guillermo, “Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia”, pág.10.

Disponible en www.scjn.gob.mx/Transparencia/lists/Becarios/Attachments/134/Becarios_134.pdf.

³⁷⁴ *Vid.* CID MOLINÉ, José, “Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal”, Revista de Estudios de la Justicia, n° 11, 2009, págs. 111-130, pág. 123, nota 15.

En realidad, la Justicia Restaurativa³⁷⁵ pertenece al ámbito, más amplio, de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR); la relación es de género a especie, dado que bajo esta denominación (ADR) existen otros mecanismos o procesos que no tienen carácter restaurativo aunque tienen en común aspectos como la informalidad o el carácter preferentemente extrajudicial³⁷⁶.

Zehr, uno de los principales precursores de este modelo³⁷⁷, recuerda que la justicia restaurativa nació en los años setenta³⁷⁸ como intento de responder a la frustración sentida por muchos agentes jurídico-penales y usuarios de la justicia en el sentido de que, muchas veces, ésta provoca más daños de los que trata de resolver o gestionar³⁷⁹.

Este autor³⁸⁰ define la Justicia Restaurativa como “*un proceso a través del cual el infractor, con remordimiento por su conducta, acepta su responsabilidad hacia quien ha dañado y hacia la comunidad, que en respuesta a ello permite la reintegración del ofensor en la comunidad*”. El énfasis se pone en la restauración: restauración en términos de auto-respeto, restauración de la relación entre víctima y el ofensor, y también restauración de ambos dentro de la comunidad.

³⁷⁵ Gordillo Santana apunta que el término Justicia Restaurativa fue promovido en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993, y siguió cobrando importancia en los Congresos internacionales de Victimología de Adelaida (Australia) en 1994 y Ámsterdam en 1997. Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007, pág. 35, (pp. 38). En el mismo sentido se pronuncian MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson S.L. Madrid 2011, op cit. pág. 337, al señalar que ya desde el citado Congreso la expresión “*restorative justice*” toma sus primeros impulsos en cuanto a implicación de las partes en el proceso penal y la orientación de la justicia hacia la reparación del daño causado por el crimen, como acción principal.

³⁷⁶ Así los distingue, muy claramente, TAMARIT SUMALLA en “*Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, y marco teórico*” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM). Edit. Comares. Granada 2012, págs. 3-60, pág.17.

³⁷⁷ Hasta el punto de que, por algunos estudiosos, Howard ZEHR es considerado el padre, e incluso, por otros, el abuelo, de la justicia restaurativa. En su obra *Changing Lenses: A new focus for crime and Justice*. Edit. Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 1990, desarrolla los elementos básicos de la Justicia Restaurativa.

³⁷⁸ Si bien encuentra su origen más remoto en la Biblia. Vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*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?*”. Revista Penal nº 18. Julio 2006. Edit. Praxis, Barcelona, pp. 4, citando a Zher.

³⁷⁹ Citado por VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Criterios de evaluación en la Justicia Restaurativa. Análisis Comparado e Internacional*”, pág. 2. (Comunicación presentada dentro de la Mesa Redonda Justicia Restauradora: evaluación de las experiencias existentes en el II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Victimología *Conocer, Reconocer y Reparar a las víctimas*. Donostia-San Sebastián 25-27 Junio 2007). *Boletín Electrónico de Bitartoki/Observatorio Vasco de Mediación*, accesible en: <http://www.bitartoki.com>.

³⁸⁰ ZEHR, Howard, *Changing Lenses: A new focus for crime and Justice*. Edit. Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 1990.

No obstante, como señala Beloso Martín³⁸¹, al ser un paradigma reciente y todavía en fase de consolidación, no hay una definición consensuada de Justicia Restaurativa, si bien él la define como *“una nueva forma de resolución de conflictos en el que las propias partes implicadas en un conflicto específico (víctima, infractor y comunidad –primaria y/o secundaria) se encuentran y buscan, por medio del diálogo/consenso, y con la ayuda de un facilitador capacitado –el mediador o equipo de mediación³⁸²- la solución de la divergencia, de manera que la reparación de los daños y la reintegración de las partes se presentan como medida conveniente para todos”*.

Ríos Martín³⁸³ define la Justicia Restaurativa, en sentido amplio, como *“la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”*.

Gordillo Santana³⁸⁴, por su parte, entiende que la Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador o facilitador.

A nivel normativo cabe citar la definición que da la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012³⁸⁵, en su art.2-1d) según el cual se entiende por *“justicia reparadora”*: *cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la*

³⁸¹ BELLOSO MARTÍN, Nuria, *“Mediación penal ¿beneficios reales o potenciales?”*, pág. 23. Revista Criminología y Justicia, titulada *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* nº 4, Marzo 2012, págs. 21-34.

³⁸² Aquí, tal vez el autor, como otros, se acerca más a la definición de mediación penal que de Justicia Restaurativa, puesto que, como se verá más adelante, no en todos los modelos de Justicia Restaurativa participa la figura del mediador.

³⁸³ Vid. RÍOS MARTÍN, Julian Carlos, *“Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo...ob.cit. págs 3-4.* También en Ríos Martín *“Justicia Restaurativa, diálogo y mediación”* en *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, (elaborado a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ). RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, CGPJ 2008, pág.14.

³⁸⁴ Vid. GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.

³⁸⁵ Como ya se apuntó anteriormente, mediante esta Directiva se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Publicada en fecha 14.11.2012 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial".

Desde mi punto de vista, la Justicia restaurativa podría definirse como aquella forma de resolver conflictos producidos por una infracción penal, principalmente encaminada a lograr la reparación del daño -tanto a la víctima como a la sociedad- ocasionado por la infracción penal, y la reintegración social del infractor –que previamente asume su responsabilidad-, mediante mecanismos de diálogo y encuentros –dirigidos por un tercero, profesional e imparcial- en los que participan voluntariamente -de manera directa y activa- víctimas, infractores y/o terceros afectados, incluida la comunidad, consiguiendo -a través de la satisfacción a la víctima (en sentido amplio) y la responsabilización del infractor-, la disminución de la violencia y el aumento de la paz social.

No obstante, considero que el concepto de Justicia Restaurativa va más allá de ser solo *un proceso o una forma de resolver conflictos*. Lo que realmente la define es que se trata de una filosofía, una forma de entender la Justicia distinta de la actual Justicia Retributiva³⁸⁶. Domingo de La Fuente³⁸⁷ se refiere a ella diciendo que la justicia restaurativa es un paradigma sobre la justicia, una filosofía de cómo enfocar la justicia de una forma más humana y responsable.

Britto Ruiz³⁸⁸ llega a decir que la Justicia restaurativa es una forma de humanizar la justicia y ponerla al servicio de lo Humano en su más amplia acepción.

Ya también en el I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal³⁸⁹ celebrado en Burgos en 2010, se concluyó que la Justicia Restaurativa es algo más, es una filosofía que apunta a la sabiduría de saber buscar la solución a los conflictos naturales de la vida cotidiana mediante el lenguaje como instrumento esencial.

Es una filosofía de justicia que se centra no sólo en la violación de la norma y en el castigo al culpable, sino también y sobre todo se basa en el daño y cómo se va a reparar

³⁸⁶ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia restaurativa y mediación penal*”, pág. 14. Revista de Derecho Penal. Lex Nova nº 23, enero 2008. Valladolid, 33-68.

³⁸⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones de la 6º Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*”, pág. 8, celebrada en Bilbao los días 17, 18 y 19 de junio de 2010, bajo el título *Haciendo Justicia Restaurativa en Europa, las prácticas establecidas y programas innovadores*. Disponible en www.justiciarestaurativa.org/news/ConclusionesdeLaConferenciaBilbao.pdf/view.

³⁸⁸ Vid. BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Edit. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja –Ecuador- Noviembre 2010, pág.22.

³⁸⁹ *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág.6.

este daño causado a la víctima, siendo ella quien decida cómo quiere ser compensada del daño sufrido y qué necesita para superar el trauma del delito³⁹⁰.

La Justicia Restaurativa proporciona un nuevo enfoque, diferente, y un tipo de Justicia distinta para la resolución de las disputas penales³⁹¹.

También Britto Ruiz³⁹² se expresa en términos parecidos al decir que con la justicia restaurativa se busca *introducir un nuevo espíritu a la justicia*, recrearla desde la perspectiva de las víctimas como protagonistas para que, junto con el infractor y con el apoyo de la comunidad, se busque la reparación de los daños y la restauración de las relaciones de ambos con la sociedad. Como señala esta autora³⁹³, la justicia restaurativa puede ser entendida como una *filosofía de vida*, que apuesta por el fortalecimiento de una ética de la convivencia.

Precisamente por eso, porque la Justicia Restaurativa es una filosofía de vida, se habrá de tener presente que la implementación de la Justicia Restaurativa necesita previamente de un cambio de mentalidad no solo en el legislador, sino también en todos los agentes intervinientes en el proceso de la administración de justicia (jueces, fiscales, abogados, policías, funcionarios de Justicia, etc), así como un cambio cultural en los propios justiciables y en la ciudadanía en genera³⁹⁴.

Además, su implementación requiere tiempo y recursos, debiendo ir precedida de una amplia y exacta información y difusión pública³⁹⁵.

³⁹⁰ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Conclusiones del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: origen y beneficios reales y potenciales” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 n° 4, 2012, pág.118-129, pág.121.

³⁹¹ Así se puso de manifiesto en el Simposio sobre Tribunales y Mediación, sobre *Nuevos caminos para la justicia*, celebrado en Barcelona en fechas 18 a 19 de Junio de 2009. Vid. LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Mediación penal de menores en Inglaterra” en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia* (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009, pág.215.

³⁹² Vid. BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Edit. Universidad Técnica Particular de Loja.. Loja –Ecuador- Noviembre 2010, pág.19.

³⁹³ Vid. BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones...*ob.cit. pág. 27.

³⁹⁴ De la necesidad de este cambio cultural se hacen eco autores como Tamarit Sumalla en “Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, y marco teórico” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, págs. 3-60, pág.49, y DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo, en “Mediación y Cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal” (Texto de la conferencia inaugural impartida el día 20 de Octubre en las “I Jornadas Técnicas de Mediación. Nuevos enfoques de la Justicia” convocadas por la Fundación Mediara. 20-21-October de 2011. Puerto de Santa María (Cádiz)). Revista 1.Tribuna. Fundación Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía. Consejería de Justicia e Interior. 1-9-2012.

³⁹⁵ En este aspecto es de resaltar la importante labor que vienen desempeñando diferentes asociaciones, con enfoque profesional, entre las que cabe citar, en el ámbito europeo, a GEMME, que reúne a un numeroso grupo de jueces y magistrados, y al Foro Europeo de Justicia Restaurativa que es un importante mecanismo de colaboración entre investigadores, expertos y mediadores para mejorar y consolidar la Justicia Restaurativa. A la importancia de la información y difusión pública como garantías del éxito en la implementación de la Justicia Restaurativa alude también Martín Diz en MARTÍN DIZ, Fernando “Claves

En definitiva, supone un profundo cambio del propio sistema judicial.

Ese cambio de mentalidad en la ciudadanía y en los poderes públicos exige, como primer paso, “educar en la Justicia restaurativa”. Ello supone una fuerte formación en principios básicos de convivencia, tales como el respeto y la responsabilidad.

El ser humano, como ser sociable, debe “querer” contribuir al bien, y al buen desarrollo, de la sociedad en la que vive. Ha de moverse por normas de respeto y aportación a la mejora de la sociedad. En consecuencia, ha de ser capaz de asumir su propia responsabilidad cuando lleve a cabo actos que contraríen gravemente, dañen o perjudiquen a otra persona o a la sociedad en general y, por tanto, ha de “querer” reparar o mitigar el daño causado.

En esta línea, resulta interesante la distinción que hace Britto Ruíz³⁹⁶, en cuanto a las dos fundamentales razones que inducen a las personas a comportarse adecuadamente y a respetar las normas básicas de convivencia: una, es el temor al castigo y, otra, la convicción de que es necesario proceder de manera ajustada a las reglas, considerando el daño o perjuicio que es posible ocasionar a otras personas e incluso a sí mismo/a si se obra de manera diferente. Señala la autora que en el primer grupo se encontrarían quienes no tienen plena conciencia de su rol en la sociedad y buscan básicamente la autosatisfacción de sus deseos y necesidades aún pasando por encima de otros/as. Mientras que el segundo tipo, el de la comprensión y respeto de las reglas, es el de personas maduras que reconocen en las normas unos estatutos básicos para la convivencia y se reconocen a sí mismos/as responsables ante la sociedad.

La educación en valores de Justicia Restaurativa ha de llevarse a efecto, como sigue indicando Britto Ruiz, desde los tres niveles que conforman la sociedad. Esto es, en un nivel micro, las personas y familias, en uno medio, los grupos y comunidades y, en el macro, la estructura misma del Estado con sus agentes e instituciones encargadas de hacer cumplir la ley.

para el éxito de la mediación como sistema alternativo de Administración de Justicia”. Newsletter do GRAL, n.º3, 2010.

Disponible en http://www.gral.mj.pt/userfiles/Articulo_mediacion_FERNANDO_MARTIN.pdf.

³⁹⁶ Vid. BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Edit. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja –Ecuador-. Noviembre 2010, pág 121-122. Es importante aclarar, como hace la autora, que ese comportamiento de las personas del segundo grupo no implica que sean sumisas y acaten todo de manera pasiva, pues al ser consientes de su rol en la sociedad, también lo son de las instituciones, normas y leyes que la regulan y son capaces de ejercer sus derechos y recurrir a las instancias y mecanismos adecuados para transformar la sociedad.

Siguiendo la opinión de Britto Ruíz³⁹⁷, considero que sería necesario que se educara ya desde la escuela a los niños en los valores de Justicia Restaurativa, puesto que, como dice la autora, la educación con enfoque restaurativo permite que los valores se reafirmen y que todos los implicados, incluso los espectadores/as, puedan romper el esquema de la violencia y tomar parte activa en la construcción de una ética de la convivencia. Esto, a su vez, tendría efectos preventivos de la violencia porque las personas tendrían la formación adecuada para asumir responsabilidades, dotándolas de la capacidad para medir las consecuencias de sus actos y de la sensibilidad suficiente para ver y medir los efectos de su comportamiento en otros.

Tanto en el I como en el II Congreso Internacional de Justicia Restaurativa³⁹⁸, se mantiene que la Justicia Restaurativa debe inspirar todos los aspectos de la vida cotidiana (colegios, lugares de trabajo...). Ello porque el conflicto es algo inherente a la naturaleza humana y es bueno enseñar a resolver los problemas a través del diálogo y la comunicación desarrollando la empatía, de esta forma las personas aprenderán a gestionar sus conflictos sin delegar continuamente en un tercero ajeno al problema³⁹⁹. Así se evitará, también, la excesiva judicialización de muchos asuntos, que son la mayoría de las veces meros problemas de convivencia o de malos entendidos, a la vez que se construye una sociedad más madura, justa, segura y responsable⁴⁰⁰.

³⁹⁷ BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones...* ob.cit. pág.135. Continúa diciendo Britto Ruiz que no hay un manual para la aplicación de la justicia restaurativa en casa y escuela, si bien da algunas claves para la construcción de una comunidad educativa que asuma la restauración como un proceso continuo (pág.130).

³⁹⁸ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones del II Congreso internacional...* ob.cit. pág. 127. En este Congreso de 2012 se venía a reiterar lo ya acordado en el Congreso de 2010 celebrado en Burgos. Vid. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág. 20. En ambos también se recomienda que las Universidades empiecen a ofrecer asignaturas tanto de Justicia Restaurativa como de principios y valores que deben inspirar todas estas prácticas.

³⁹⁹ Sostiene Domingo de la Fuente que si se educa a los niños en valores de Justicia Restaurativa aprenderán los beneficios y en el futuro para ellos estas prácticas restaurativas no se verán como algo raro sino normal. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE *Conclusiones del II Congreso internacional...* ob.cit. pág 128.

⁴⁰⁰ Vid. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág. 5 y DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones del II Congreso internacional...* ob.cit. pág. 121. Entiende la autora que la Justicia restaurativa en esta dimensión es cultura que educa previniendo las conductas violentas y enseña los beneficios del diálogo y acuerdo. Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Un primer acercamiento a la Justicia Restaurativa (memoria del Servicio de mediación penal de Castilla y León.-año 2011)*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, págs 4-5, pág.4.

Además de la educación de base (impartida en las escuelas y la familia), es obvio los políticos, los poderes públicos, así como los profesionales de este ámbito, desempeñan un papel fundamental en la implementación de la Justicia restaurativa⁴⁰¹.

3. BASES Y OBJETIVOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Como dice Subijana Zunzunegui⁴⁰², “*el paradigma de humanidad exige que la justicia trate de satisfacer hasta el máximo de lo posible las necesidades de los seres humanos que, bien como víctimas o como infractores, participan en el proceso que se promueve ante jueces o tribunales. Su presencia es independiente de la forma en que se plasme la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución). Por lo tanto, el paradigma de humanidad debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva –en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas– como cuando descansa en un modelo autocompositivo –en el que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa–*”⁴⁰³.

El autor viene a afirmar que el paradigma de la humanidad encuentra mejor acomodo en la Justicia restaurativa; considera que, en la actualidad, el modelo de justicia restaurativa es el sistema de justicia que permite la lectura más completa del sentido que tiene el delito para el autor, la víctima y la comunidad⁴⁰⁴. Para demostrarlo analiza qué se tutela y cómo se tutela en la Justicia Restaurativa, llegando a la conclusión de que “en el qué se tutela”, la justicia restaurativa tiene en cuenta las necesidades del infractor, de la víctima y las provenientes de la comunidad, y “en el cómo se tutela”, la justicia

⁴⁰¹ En este mismo sentido, VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Criterios de evaluación en la Justicia Restaurativa. Análisis Comparado e Internacional*”. Comunicación presentada dentro de la Mesa Redonda Justicia Restauradora: evaluación de las experiencias existentes en el II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Victimología *Conocer, Reconocer y Reparar a las víctimas*. Donostia-San Sebastián 25-27 Junio 2007, págs 16-17. *Boletín Electrónico de Bitartoki/Observatorio Vasco de Mediación*, accesible en: <http://www.bitartoki.com>.

⁴⁰²Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”, pág.144. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, págs 143-153.

⁴⁰³ Señala el autor que en el modelo autocompositivo se prioriza la construcción de un marco de diálogo que se alimenta del respeto, la escucha, la comprensión y la recreación conjunta de lo dañado. *Vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad*..ob.cit. pág.144.

⁴⁰⁴ Y ello porque tanto en la concepción del delito, como en la determinación de las respuestas, así como, finalmente, en la definición del modo de valorar el delito y obtener las respuestas tiene en cuenta las necesidades de cada uno de los integrantes de la interacción disruptiva que supone la infracción penal y permite, además, que cada uno de ellos tenga la ocasión de trasladar su perspectiva. *Vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, pág 143-153, pág.147.

restaurativa permite a cada uno de los intervinientes ofrecer su mejor versión, aquella que nace de valores como la comprensión de lo ocurrido, la responsabilidad por el daño causado, la potencialidad del desarrollo personal a partir del aprendizaje de la experiencia, la recreación del vínculo dañado y, finalmente, el compromiso comunitario⁴⁰⁵.

En efecto, si partimos del hecho de que la Justicia ha de satisfacer las necesidades de la ciudadanía, tanto de víctimas como de infractores como de la comunidad, derivadas de la comisión de una infracción penal, con el fin de restablecer y mantener la paz social alterada por el hecho delictivo, hemos de concluir que la Justicia Restaurativa es el medio más adecuado para tal logro.

Es preciso partir de la idea de que el delito, además de una vulneración de la ley, supone una violación de las relaciones entre las personas y de las normas más elementales de convivencia pacífica. Por este motivo, produce un daño que es necesario reparar, como parte del restablecimiento de la paz social alterada por el delito. Para ello, la Justicia ha de centrarse, también, en cómo reparar el daño que aparece con el delito.

Para el modelo retribucionista, el conflicto generado por el delito queda resuelto en la medida en que el delincuente recibe un castigo por su comportamiento delictivo, y de ese modo compensa a la sociedad por la ofensa o el daño que ha causado⁴⁰⁶.

Sin embargo, la realidad dista mucho de ser así: el castigo, como pena, no cumple los fines de resocialización y rehabilitación que está llamado a cumplir, es más, en la mayoría de los casos tendrá efectos negativos en el comportamiento futuro del infractor⁴⁰⁷; tampoco la víctima se ve resarcida por el dolor y el daño que le ha producido el hecho delictivo, más al contrario, tendrá que padecer también los efectos de la victimización secundaria y sufrirá, para siempre, el trauma que todo ello le produce; por último, la sociedad, en lugar de ser compensada por el daño y recuperar, como ciudadano responsable, al infractor, con la consiguiente disminución efectiva de la criminalidad, fortaleciéndose, así, su confianza en la Justicia, aumentando el sentimiento de seguridad y restableciéndose la paz alterada, habrá de soportar el incremento delictivo por parte del infractor, la pérdida de confianza en el sistema judicial, el incremento en la sensación de inseguridad y el quebranto permanente de la paz social.

La Justicia restaurativa, por el contrario, parte de la premisa de que los delitos causan un daño al bien común y por eso se sancionan en las normas. Cuando un delito

⁴⁰⁵ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *“El paradigma de humanidad...ob.cit. pág.148.*

⁴⁰⁶ CID MOLINÉ: *“Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”*, en Revista de Estudios de la justicia, nº 11, 2009, pág. 115. (http://cej/doc2/cid/20_11).

⁴⁰⁷ La realidad muestra unas altas tasas de reincidencia.

ocurre, hay un daño a la víctima, comunidades e incluso infractores⁴⁰⁸, que ha de ser reparado.

El objetivo principal de la Justicia restaurativa es la atención a las víctimas y la responsabilización del infractor⁴⁰⁹.

A diferencia de la justicia retributiva tradicional, la justicia restaurativa contempla como ingrediente indispensable para el tratamiento restaurador la implicación de todas las partes afectadas por el conflicto, así como la genuina reparación del daño ocasionado por el hecho delictivo a víctima, victimario y a la comunidad en la que ambos se integran⁴¹⁰.

Partiendo de esta concepción “triplemente reparadora” de la Justicia Restaurativa, sus objetivos⁴¹¹ consistirán en:

1º-La reparación de los daños a la víctimas y su reintegración.

En este punto, el modelo restaurativo constituye un instrumento eficaz por cuanto que, en él, como señala Arias Madrigal⁴¹², el papel de la justicia, consiste en reparar ese daño mediante un proceso donde los actores centrales son las víctimas, el infractor y la comunidad afectada. Con ello se alcanza una mayor satisfacción de la víctima y del delincuente, una menor de reincidencia, y se logran decisiones óptimas en términos de eficacia y celeridad, en comparación con los métodos judiciales tradicionales.

Reconociendo también esta función reparadora de la Justicia Restaurativa, indica Domingo la Fuente⁴¹³, que ésta trata de atender las necesidades de las víctimas directas e

⁴⁰⁸ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia “*Qué es la Justicia Restaurativa*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, pág. 6-11, pág. 2.

⁴⁰⁹ Domingo de la Fuente insiste en que debería dejarse claro este objetivo, para no entender, como pretenden algunos, que es la agilización de los juzgados o desjudicialización de determinados asuntos. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*El estatuto de la víctima: una norma con enfoque restaurativo*”. Blog La otra justicia. 30 Octubre 2013.

⁴¹⁰ TORRADO TARRÍO, Cristina “*Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos*”, pág. 84, en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, nº 4, 2012, pág.84-87.

⁴¹¹ Por citar algunos autores, para Gordillo Santana el principal objetivo de este modelo es restaurar la paz, reparar el daño y prevenir la repetición de la victimización. Vid. GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*; Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007, pág.55. Mientras que Marques Cebola considera como tales dar la palabra a las víctimas, permitiéndoles participar en la resolución de su conflicto penal, responsabilizar a los agresores y prevenir la reincidencia facilitando su reintegración en la sociedad; y restaurar la paz social reparando las relaciones sociales afectadas por el acto ilícito. Vid. MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. Universidad de Salamanca 2011, pág. 354. Disponible en www.gredos.usal.es. Domingo de La Fuente, por su parte, distingue tres principios que resumen la filosofía de la Justicia Restaurativa: 1-La Justicia tiene que hacer frente a los daños. 2-Asunción de responsabilidad por el infractor y 3-Las personas necesitan implicarse. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro...ob.cit.*” pág. 2.

⁴¹² Vid. ARIAS MADRIGAL, Doris Mª “*Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia Restaurativa*”. Disponible en www.justiciaresaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones.

⁴¹³ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*” pág. 10 y 21, celebrada en Bilbao los días 17, 18 y 19 de junio de 2010, bajo el título

indirectas de un delito, se centra en que se ha causado un daño y cuales son las acciones para reparar este daño. Para ello, mantiene la autora, se da protagonismo a los afectados de forma directa o indirecta por el delito. Como bien expuso Howard Zehr, empieza con la persona que ha sido víctima de un delito. Y es que la víctima debe ser el centro de la Justicia Restaurativa y satisfacer de una mejor forma sus necesidades.

La Justicia Restaurativa constituye, pues, un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición. Así, como afirma Cid Moliné⁴¹⁴, frente a un sistema que prácticamente olvida los intereses de la víctima en la solución del conflicto, la justicia restauradora conceptúa el procedimiento de resolución del conflicto como primariamente dirigido a lograr que la víctima sea reparada por el delito realizado a través de la conducta del/a delincuente.

Confiere especial atención a la víctima, pero también presta la atención que merece a la reintegración del infractor y a la consecución de la disminución de la violencia y el mantenimiento de la paz social en la comunidad.

La Justicia Restaurativa, como expone Ríos Martín⁴¹⁵, nos introduce de lleno en “*el tiempo de las víctimas*”, pero si bien parte de la víctima y de sus intereses, los hace confluir con los del infractor y con los de la comunidad, y, por tanto, todos restablecerán la paz y el diálogo social que el delito quebró y saldrá fortalecida la vigencia de la norma.

2º.- La reintegración infractor.

El proceso restaurativo favorece la concienciación y responsabilización del infractor por el hecho cometido. Procura que se responsabilice de sus actos, comprenda el mal causado y repare, voluntariamente, los daños que ha producido, a la vez que se profundiza en las causas de su comportamiento delictivo, alcanzando medidas que eviten su reincidencia y procuren su reinserción. De esta forma, la comunidad recuperará al infractor como persona responsable, madura, capaz de asumir sus propios actos y actuar con respeto a los demás.

Haciendo Justicia Restaurativa en Europa, las prácticas establecidas y programas innovadores.

Disponible en www.justiciarestaurativa.org/news/ConclusionesdeLaConferenciaBilbao.pdf/view. En el mismo sentido se expresa en DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia restaurativa y mediación penal*”. Revista de Derecho Penal. Lex Nova nº 23, enero 2008. Valladolid, pág.14, al decir que el crimen causa daños a las personas y a las comunidades y la Justicia repara esos daños, pudiendo las partes participar en ese proceso.

⁴¹⁴ CID MOLINÉ: “*Medios alternativos de solución...*ob.cit. pág. 127. Afirma este autor, con buen criterio, que en vez de concebir el paradigma proporcionalista como el principio básico para distribuir los castigos, parece una perspectiva más razonable plantear la rehabilitación del/a delincuente y los procedimientos de justicia restauradora como objetivos primarios y plantear la justicia penal proporcionalista como último recurso y como garantía en referencia a los anteriores sistemas.

⁴¹⁵Vid. RÍOS MARTÍN, Julian Carlos, “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*”. CGPJ 2010, págs 12 y 13. Disponible en www.poderjudicial.es/Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).

Como dice Britto Ruiz⁴¹⁶, la justicia restaurativa no es una justicia ciega que vea a todas las personas iguales, todo lo contrario, es una justicia que busca conocer a fondo los hechos y las personas, inclinada siempre a favor de la víctima, pero que brinda oportunidades al victimario para que a través de la reparación logre pertenecer de nuevo a la sociedad y superar el estigma del delito.

Los infractores experimentan el impacto que sus acciones han tenido en los seres humanos, con ello se favorece en ellos un comportamiento más social, facilitando la no reincidencia y su reinserción en la comunidad, cumpliendo así los mandatos constitucionales propios de un estado social y democrático de derecho que en España aparecen contemplados entre otros artículos en el 25 de la constitución, en el que se habla de las funciones de reeducación y reinserción de las penas⁴¹⁷.

3º.-Restablecimiento y mantenimiento de la paz social.

En la justicia restaurativa el hecho delictivo se concibe como un quebramiento a la paz. De acuerdo con ello, señala Llobet Rodríguez⁴¹⁸, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello. Desde esa perspectiva se le asigna al Estado la obligación de preservar un orden justo y a las comunidades, en cuanto intervienen en el proceso restaurativo, el restablecimiento de la paz.

Con la participación de la comunidad en la resolución del conflicto se intenta 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 barato⁴¹⁹.

De esta forma, la sociedad, y/o la comunidad, logra la disminución de la violencia, el fortalecimiento de la confianza en la Justicia, el incremento de la sensación de seguridad y, en definitiva, el restablecimiento y mantenimiento de la paz social⁴²⁰.

⁴¹⁶ BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones...* ob.cit. pág. 9.

⁴¹⁷ Vid. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág. 5.

⁴¹⁸ Vid. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “*Justicia restaurativa y la protección de la víctima*”. Revista pensamiento penal, edic.32. 17-06-06, pág.1.

⁴¹⁹ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia restaurativa y mediación penal*”. Revista de Derecho Penal. Lex Nova nº 23, enero 2008. Valladolid. Op cit. pág. 4.

⁴²⁰ No obstante todo ello, no podemos pensar que la Justicia Restaurativa sea la panacea; como se expondrá más adelante, también adolece de defectos, riesgos y peligros que habrá de sortear, y, además, existen casos en los que no es adecuada su aplicación.

Los efectos beneficiosos de la concienciación y autoresponsabilización que genera en los infractores la participación en un proceso restaurativo, repercute en el bienestar de la sociedad. Habrá menos riesgo de sufrir nuevos delitos por parte de los infractores que han participado en este tipo de procesos. La reducción de la reincidencia favorece a toda la comunidad en general porque no sólo habrá un sentimiento de mayor seguridad sino que, como víctimas indirectas y “potenciales” de todos los delitos, se podrá recuperar la tranquilidad logrando la “paz social”. Se trata de promover comprensión y armonía social a través de la “sanación” de la víctima, infractor y de la comunidad en general⁴²¹.

Tal como afirma Pascual Rodríguez⁴²², la Justicia restaurativa consigue, a través de sus diferentes mecanismos, una notable disminución de la violencia interpersonal e institucional respecto a la que se genera en y con el sistema penal ordinario, resolviendo con mayor eficacia una parte de los conflictos de relevancia penal.

Para la consecución de estos objetivos, el proceso restaurativo se asienta sobre dos bases fundamentales⁴²³:

1ª.- Actúa bajo el principio de igualdad de trato y de reconocimiento de derechos, a víctimas y a infractores. Ambos disfrutan de los mismos derechos y tendrán las mismas oportunidades e igual tratamiento durante el proceso restaurativo.

2ª.- La participación activa, directa y voluntaria de todos los implicados, mediante el diálogo y la escucha.

A la víctima, además de la posibilidad de obtener una reparación más adecuada y acorde al daño que ha sufrido, la Justicia Restaurativa le da la oportunidad, al igual que al infractor, de participar activamente en el proceso restaurativo mediante el diálogo y la escucha. Ambos podrán expresarse sin atenerse a formalidades ni a directrices

⁴²¹ Así se pudo de manifiesto en el I Congreso de Justicia Restaurativa celebrado en Burgos en 2010. *Vid. Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág. 5.

⁴²² *Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2012, págs 393-394. Disponible en eprints.ucm.es/16592/1/t33979.pdf.

⁴²³ Patricia Esquinas afirma que esta nueva modalidad de aplicación del Derecho o de búsqueda de la equidad en la 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 *acuerdos*. Cfr. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*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?*”, págs .55-56. Revista Penal nº 18. Julio 2006. Edit. Praxis, Barcelona, págs. 55-101.

encorsetadas que impidan u obstaculicen el libre ejercicio del derecho a expresarse y a ser oídos. El encuentro habrá de estar dirigido por un tercero profesional e imparcial.

La justicia restaurativa busca crear mecanismos más participativos, proponiendo valorar el resultado de que la víctima y su agresor se sienten a hablar⁴²⁴.

Tal como Niall Kearney⁴²⁵ puso de manifiesto, *“La Justicia Restaurativa se cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá”*.

Ahora bien, como nos recuerda Domingo de La Fuente⁴²⁶, aunque la Justicia Restaurativa tiene como objetivo el dialogo y la comunicación y la mayoría de los procesos restaurativos acaban en acuerdo, éste no es un objetivo primordial, como tampoco lo es el pedir perdón, no trata de lograr acuerdos entre dos partes, trata de una víctima y cómo ayudarla a superar el delito, de un infractor y como intentar que se concencie y responsabilice del daño, y de un hecho que ha producido daños y cómo repararlo. No obstante, se espera del proceso que sirva para encontrar una solución asumida por todas las partes en las que se establezcan las condiciones de la situación que debe suceder al conflicto⁴²⁷.

En definitiva, puede considerarse que los mecanismos de Justicia Restaurativa son más idóneos para lograr otros fines del sistema penal como la reparación del daño y la satisfacción de las responsabilidades civiles, la participación de la ciudadanía en la

⁴²⁴ Vid. HIDALGO HUERTA, Juan José, *“Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal”*, pág.345. Revista Jurídica on line. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil –Ecuador- 19 Julio 2011, págs 339-360. (www.revistajuridicaonline.com).

⁴²⁵ Presidente del Foro Europeo de Justicia Restaurativa. KEARNEY, Niall, *“Carta de Presentación del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010.

⁴²⁶ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, en Blog *La otra Justicia*. 12 de Mayo, 2013, disponible en <http://www.cj-worldnews.com>.

⁴²⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA en *“Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, ...ob.cit. pág.12.*

administración de justicia, o la percepción social de la acción pacificadora de la misma, que también son y deben ser fines del sistema de administración de justicia⁴²⁸.

El modelo restaurativo acerca más la justicia a la ciudadanía y hace que ésta se implique en ella y participe activamente en su consecución, dando así cumplimiento más efectivo a los artículos 117 y 125 de la Constitución⁴²⁹.

Podemos concluir con Domingo de la Fuente⁴³⁰ que puesto que la Justicia Restaurativa se basa en atender las necesidades de las víctimas y escucharlas y procurar la reinserción del infractor, la justicia penal debería estar construida con un enfoque restaurativo.

Además, añade la autora⁴³¹, la Justicia Restaurativa no es un proceso específico, sino un conjunto de valores y principios rectores, un marco para identificar y abordar los daños y las obligaciones. Es algo más amplio que los diferentes modelos de encuentros. Por eso, y para no comenzar la casa por el tejado, lo más acertado sería construir una justicia penal con un enfoque restaurativo, es decir, acercar la justicia tradicional a la Justicia Restaurativa, y no a la inversa, llenando los procesos restaurativos de rígidos protocolos y plazos.

4. JUSTICIA RESTAURATIVA *VERSUS* JUSTICIA RETRIBUTIVA.

⁴²⁸ PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal...*ob.cit. pág.394.

⁴²⁹ En este mismo sentido Hidalgo Huerta al afirmar que mediante la justicia restaurativa lo que se busca es que el Derecho Penal se acerque mucho más a lo que la ciudadanía espera de él, y que en lugar de ser exclusivamente sancionador, punitivo, empiece a generar la capacidad de poder presentar diferentes alternativas para regular los conflictos que se le han presentado al Derecho Penal. Cfr. HIDALGO HUERTA, Juan José, “*Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa...*ob. cit. pág.345.

⁴³⁰ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, en Blog *La otra Justicia*. 12 de Mayo, 2013, disponible en <http://www.cj-worldnews.com>.

⁴³¹ Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*El estatuto de la víctima: una norma con enfoque restaurativo*”. Blog *La otra justicia*. 30 Octubre 2013.

Las diferencias entre una y otra Justicia han sido puestas de manifiesto por diversos autores⁴³², para un mayor esclarecimiento, a través de la contraposición de las distintas características que las definen.

Por nuestra parte, distinguimos:

-En cuanto al concepto de delito: la justicia retributiva lo ve como una infracción de la norma penal del Estado, una simple trasgresión de la ley, mientras la justicia restaurativa lo ve como un conflicto entre personas, que daña a las víctimas, a las comunidades y a los mismos delincuentes.

-Los protagonistas del proceso en la justicia retributiva son el infractor y el poder punitivo estatal, obviando, así, a la víctima, mientras en la justicia restaurativa son el infractor, la víctima y, en su caso, la comunidad.

-La justicia retributiva se centra en el culpable mientras la restaurativa lo hace en la víctima.

-Durante el proceso, en la primera, se establece entre las partes una relación de adversarios, con vencedores y vencidos al final del mismo. En la justicia restaurativa se establece un sistema de diálogo y acuerdos.

-El proceso está impregnado de formalismos sometidos a tiempos en la justicia retributiva, mientras que en la restaurativa hay una ausencia de formalismos y de exigencia de tiempos.

-La finalidad del proceso retributivo es probar el delito y aplicar el castigo al infractor, mientras en la restaurativa es la resolución del conflicto mediante la asunción de responsabilidad y la reparación del daño.

-El infractor, en la justicia retributiva, no tiene intervención en la solución del problema mientras en la restaurativa sí interviene en la solución del conflicto.

-La responsabilidad, en la primera, es solo individual, concentrada en el comportamiento del infractor, mientras que en la restaurativa, es compartida por cuanto

⁴³² Entre otros, HIDALGO HUERTA, Juan José, “*Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica...*ob.cit. págs.345-346, BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre...*ob.cit. pág.16 aludiendo a Beristain, A, CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, “*La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*” Revista Jueces para la Democracia, n° 34, marzo 1999, pág 82, en referencia a la distinción que realiza ZEHR, Howard en *Changing Lenses: A new focus for crime and Justice*. Edit. Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 1990, TAMARIT SUMALLA, también citando a Zehr, en “*Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, ...*ob.cit. pág.7, DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia restaurativa y mediación...*ob.cit. pág. 6, CERVELLO DONDERIS, Vicenta, “*Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, n° 4, 2012, pág 37.

también existe una responsabilidad social, referida a la comunidad, para lograr la reintegración del infractor.

-Por lo que se refiere al control, en la Justicia retributiva se ejerce solo por el Estado a través del poder judicial, en la restaurativa interviene además la propia comunidad en general.

-La justicia retributiva mira al pasado, al hecho delictivo cometido, la restaurativa se fija en el futuro, en la reparación del daño ocasionado por el hecho.

-La justicia retributiva, mide cuanto castigo fue infringido y la restaurativa, mide cuantos daños son reparados o prevenidos.

-La justicia retributiva, retribuye y se venga por el delito cometido, aunque sea civilizada, tarifada y proporcionalmente, y no logra sino sacar lo peor de cada cual mientras que la Justicia Restaurativa repara, responsabiliza, sana, pacífica, y hace corresponsable a toda la comunidad, apelando a lo mejor de cada persona (de las partes procesales del sistema penal y de la comunidad)⁴³³.

En resumen, las características de la Justicia restaurativa se contraponen a las de la Justicia retributiva, sancionadora o punitiva, caracterizada ésta por la preeminente preocupación del Estado en imponer al delincuente una sanción penal por su acción tras la tramitación de un proceso judicial contradictorio en el que, ante todo, ha de garantizarse el derecho de defensa⁴³⁴.

Por el contrario, en la restaurativa, la víctima va a ser escuchada, informada, se van a atender sus necesidades y van a tener decisión en cómo quiere ser reparada, mientras al infractor se le da la oportunidad de responsabilizarse por el delito, tomar conciencia de la repercusión de sus acciones y reparar el daño ocasionado⁴³⁵.

Podría resumirse de forma esquemática con la frase de Domingo de la Fuente que dice *“la diferencia fundamental radica en el efecto psicológico que se quiera conseguir en el infractor:*

⁴³³ En palabras de Sánchez Álvarez. Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, Pilar, *“La mediación como alternativa a la justicia”*. Revista Crítica, año 58, nº 954, 2008, pág. 64. (Ejemplar dedicado a: *¿Qué le pasa a la justicia?*), ISSN 1131-6497. Continúa diciendo la autora que “Separar, aislar, desestructurar, nunca puede ser el camino para reintegrar, reincorporar, acoger”.

⁴³⁴ Vid. BARALLAT LÓPEZ, Juan, *“La Mediación en el ámbito penal”* en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013, pág. 3.

⁴³⁵ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Un primer acercamiento a la Justicia Restaurativa (memoria del Servicio de mediación penal de Castilla y León.-año 2011)”*. en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, nº 4, 2012, pág 4.

Con el sistema tradicional, si te comportas mal serás castigado.

*Con la Justicia Restaurativa, si te comportas mal, deberás reparar el daño que has hecho*⁴³⁶.

Sin embargo, a pesar de las diferencias existentes entre uno y otro modelo de Justicia, lo cierto es que no son modelos contrapuestos.

Algunas de sus similitudes las pone de manifiesto Galain Palermo⁴³⁷ al decir que ambos comparten las definiciones normativas, se plantean el objetivo de determinar la responsabilidad del autor (aunque en la Justicia restaurativa se trate de la asunción voluntaria de la culpabilidad) y pretenden las mismas finalidades de reinserción (prevención especial), de devolución de la confianza en el sistema y reafirmación de la norma (prevención general positiva) y de protección futura de bienes jurídicos (prevención general negativa).

Tampoco se trata de dos modelos necesariamente alternativos sino que también pueden ser complementarios⁴³⁸.

Lo ideal es que, dada las especiales características de la Justicia Restaurativa, ésta prevaleciera sobre el sistema retributivo. No obstante, la realidad no permite prescindir de la aplicación del modelo retributivo, y, en este caso, el sistema restaurativo viene a reforzar la Justicia, por lo que habría que dar paso a una Justicia en la que ambos modelos coexistan y se aprovechen los puntos fuertes de cada uno de ellos, siendo de aplicación uno u otro sistema según las necesidades y circunstancias de cada caso.

⁴³⁶ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo...ob. cit. pág. 15.

⁴³⁷ Vid. GALAIN PALERMO, Pablo, “Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces”. Revista Penal nº 24. Julio 2009, pág. 81.

⁴³⁸ En este punto está de acuerdo prácticamente toda la doctrina. Baste citar a DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia restaurativa y mediación penal”. Revista de Derecho Penal. Lex Nova nº 23, enero 2008. Valladolid, pág. 4; GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico”. Revista Justicia Restaurativa nº 2-Marzo 2012, pág. 26, quien también le atribuye una función sustitutiva del sistema retributivo en la medida que sirve para reemplazarle en aquellos casos en los que se estime adecuado hacerlo; RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”. CGPJ 2008 (a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ), pág. 34, disponible en: www.poderjudicial.es; GUARDIOLA LAGO, Mª Jesús, “Capítulo Sexto. Desarrollo y aplicaciones de la Justicia Restaurativa en prisión” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM). Edit. Comares. Granada 2012, págs 187; GALAIN PALERMO, Pablo, “Mediación penal como forma alternativa...ob.cit. pág 82; BARONA VILAR, Silvia, “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal” en Revista del Consejo General del Poder Judicial nº 94, 2012, pág. 24 para quien ni es una alternativa ni es excluyente sino un perfecto complemento integrador; y así lo afirmó también Howard Zehr en DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Entrevista a Howard Zehr” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, pág.116.

Tal vez, como apunta Jiménez de Parga⁴³⁹, mientras se produce su progresiva implantación, para llegar a constituirse en alternativa *al* sistema penal, primero habrá de serlo *en* el sistema penal.

5. MODELOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

Para la consecución de sus objetivos la Justicia restaurativa se vale fundamentalmente de programas de reconciliación víctima-infractor, procesos de mediación, medidas de restitución del daño causado y sistemas de compensación puestos en marcha a través de unos modelos de actuación.

Entre estos modelos los que más destacan son:

1.- Las Conferencias de Grupos Familiares.(Conferencias de familia, conferencias restaurativas o grupos de comunidad).

Consiste en reuniones, con la intervención de un facilitador, en las que participan no solo la víctima y el infractor, sino también otras personas que hayan sido indirectamente afectadas por el hecho como familiares de ambos, amigos, personas cercanas, la comunidad. Entre todos los participantes se intenta resolver el conflicto y encontrar la forma en la que el ofensor ha de reparar del daño, atendiendo a las necesidades de víctima, infractor y comunidad. El encuentro finaliza con la firma de un acuerdo⁴⁴⁰.

2.-Círculos de Discusión o Sentencia. (Tratados de paz o Círculos de Sentencia).

Al igual que en las conferencias, además de la víctima directa y el infractor, asisten más participantes, la diferencia con aquéllas es que en los Círculos, cualquier persona interesada en el caso puede participar, como miembros de la comunidad, personal de justicia, policía, miembros de la fiscalía personal de servicio social.

Entre todos diseñan la estrategia a seguir para lograr la reparación del daño y la prevención de futuros delitos.

⁴³⁹ LUNA JIMÉNEZ DE PARÇA, Pilar: “*Presente y futuro de la mediación penal*”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Madrid, Asociación Apoyo 3-4 de octubre de 2002, 33. Actas de las Jornadas en www.uc3m.es/larevistilla.

⁴⁴⁰ Para Marques Cebola, toda vez que este modelo implica a los familiares de los delincuentes, es más fácil comprometerles en el plano de la rehabilitación del imputado y responsabilizarlos en el control del cumplimiento de las reglas impuestas en el acuerdo. MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. Universidad de Salamanca 2011, pág.355. Disponible en www.gredos.usal.es.

Son procesos dirigidos por la comunidad, que se implica de forma más directa en la búsqueda de una solución al conflicto, generalmente trabajando con el apoyo y la colaboración del sistema de justicia penal.

3.- Mediación Víctima-Ofensor.

Consiste, básicamente, en el encuentro entre víctima e infractor que, con la asistencia de un mediador y en condiciones de seguridad tanto física como emocional, tratan de alcanzar, mediante el diálogo, un acuerdo sobre la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor de la víctima o de la comunidad, si no fuere posible ante aquélla.

Es el modelo más extendido hasta ahora, especialmente usado en el tratamiento de la delincuencia juvenil. No obstante, hay que tener en cuenta que la mediación no es recomendable en todos los casos.

Domingo de la Fuente⁴⁴¹ considera que la mediación penal, aún siendo la herramienta de la Justicia Restaurativa más conocida y utilizada, no es la más restaurativa; opina que los círculos y las conferencias son más restaurativas por su carácter más inclusivo al ampliar el protagonismo no sólo a la víctima directa sino también a los indirectamente afectados y a la comunidad en general.

Desde mi punto de vista, dependerá de cada caso, habrá que tener en cuenta el tipo delictivo, las circunstancias y necesidades de la víctima y las del infractor, y será la más restaurativa en aquellos casos en los que resulte recomendable su aplicación.

De todas formas, por ahora, tal y cómo también se expuso en el congreso internacional de Burgos, los gobiernos deberían centrar sus esfuerzos en introducir la idea genérica de Justicia Restaurativa y luego permitir diferentes herramientas, dependiendo de la clase de delito y las personas implicadas en él⁴⁴².

⁴⁴¹ Apunta la autora que si solo se habla de mediación penal víctima-infractor, se dejan fuera de los beneficios de la Justicia Restaurativa a cierta clase de delitos que si se podrían articular a través de otros procesos restaurativos, son los delitos de peligro o sin víctima concreta por ejemplo conducción bajo los efectos del alcohol o tráfico de drogas, delitos contra el medioambiente, etc. En este tipo de delitos si nos ceñimos a la mediación penal como el único proceso restaurativo, no sería posible intervenir por cuanto no hay una víctima determinada y concreta. *Vid.* DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones del II Congreso internacional...*ob.cit. pág.122. En el mismo sentido en “*Conclusiones de la 6º Conferencia del Foro Europeo...*ob.cit. pág.10.

⁴⁴² DOMINGO DE LA FUENTE, “*Conclusiones de la 6º Conferencia del Foro Europeo...*”ob.cit. pág.10.

V. LA MEDIACIÓN PENAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. REGULACIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS⁴⁴³.

1. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS.

1.1. MEDIACIÓN PENAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA.

La mediación penal es una de las herramientas de la Justicia Restaurativa que, como dice Díaz López⁴⁴⁴, como forma de expresión de la ADR⁴⁴⁵ y de la Justicia Restaurativa, puede conjugar los respectivos objetivos de cada una de ellas: el logro de una solución *pactada* (ADR) y *justa* (Justicia Restaurativa).

No debe confundirse, por tanto, mediación con justicia restaurativa⁴⁴⁶, pues la mediación, como se ha dicho, es una forma más de solución dentro de la justicia restaurativa, aunque sí es la más conocida y la más aplicada. Tal es así que autores como Domingo de la Fuente se refieren a ella diciendo que “ el lugar natural de la mediación es la Justicia Restaurativa”⁴⁴⁷, o Gordillo Santana como “principal instrumento”⁴⁴⁸ de aquella, o Manzanares Samaniego como “eje y manifestación más importante de la justicia restaurativa”⁴⁴⁹.

⁴⁴³ En este trabajo se va a hacer una breve exposición de estas cuestiones. Para un estudio mas detallado se puede consultar, entre otras, BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia 2011. En esta obra la autora desarrolla en profundidad estas cuestiones y hace una clara exposición de la evolución que ha protagonizado el ámbito penal en los últimos tiempos.

⁴⁴⁴ Vid. DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. Julio 2011, en <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>, última consulta 30 de abril de 2012, pág. 6.

⁴⁴⁵ Es preciso señalar la creciente importancia de los mecanismos de ADR en época reciente, de los que Palma Chazarra señala como ejemplo histórico en España una Instrucción de Carlos IV de fecha 15 de Mayo de 1788 en la que ordenaba a los corregidores y alcaldes evitar pleitos y procurar que las partes resolvieran su conflicto amistosa y voluntariamente. Vid. PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, pág. 366.

⁴⁴⁶ Domingo de la Fuente muestra una especial preocupación por la confusión de estas dos figuras por parte, sobretudo, de la doctrina española. Esta idea puede apreciarse en obras como DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Acerca de qué es mediación, mediación penal y otros conceptos similares y para muchos confusos*”, pág 12-14; “*Entrevista a Howard Zehr*”, págs 115-117; *Conclusiones del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: origen y beneficios reales y potenciales*”, pág.118-129; todas ellas en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012; y “*Sobre lo que no se puede hablar es mejor callar*” en Blog *La otra justicia* , 12 de Mayo de 2013, disponible en <http://www.cj-worldnews.com>.

⁴⁴⁷ Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia restaurativa y mediación penal...ob.cit.*”, pág. 4 y 14.

⁴⁴⁸ GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007, pág.60.

⁴⁴⁹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “*La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español*”, Diario la Ley, n.º7255, Año XXX, 2009, pág. 1.

Es evidente que la mediación penal, al ser un modelo de Justicia Restaurativa, tiene algunas similitudes con ésta: se rige por los mismos principios, posee los mismos beneficios y corre iguales riesgos que la Justicia Restaurativa.

No obstante, también posee unas características especiales que la diferencian de la Justicia Restaurativa. Entre ellas, la mediación se centra más en el resultado que la Justicia Restaurativa, que presta mayor atención a la relación y al proceso en sí, y, como señala Howard Zehr⁴⁵⁰, un facilitador de Justicia Restaurativa, si bien debe preocuparse por igual de ambas partes, no ha de tratarlos de forma similar porque la Justicia Restaurativa también implica un componente de rendición de cuentas que a menudo está ausente en la mediación, el facilitador de Justicia Restaurativa ha de procurar que se lleve a cabo un adecuado, pero no inapropiado, nivel de reconocimiento y rendición de cuentas, lo cual no es normal en la mediación.

Sin embargo, la diferencia más importante es que la Justicia Restaurativa, como ya se dijo, no es un proceso específico sino más bien un conjunto de principios rectores y valores, que ayudan a asumir responsabilidades las obligaciones y a reparar los daños, y ello valiéndose de los diferentes modelos de encuentros específicos, entre los que destaca la mediación.

1.2. MEDIACIÓN PENAL Y OTRAS MEDIACIONES.

También hay que tener en cuenta que la mediación en materia penal es muy diferente a la mediación en otros ámbitos, como el familiar, mercantil, administrativo, comunitario, etc⁴⁵¹.

Es preciso partir de que la mediación en materia penal tiene unas características propias que derivan de su condición de “herramienta de la Justicia Restaurativa” y, por

⁴⁵⁰ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Entrevista a Howard Zehr”...ob.cit. pág 115.

⁴⁵¹ Son muchos los autores que marcan las características distintivas de la Mediación penal frente a otras mediaciones. También fueron puestas de manifiesto en el I Congreso Internacional, celebrado en Burgos los días 4 y 5 de Marzo de 2010, y posteriormente en el II Congreso Internacional celebrado en Burgos los días 21, 22 y 23 de marzo de 2012, organizados ambos por el Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Instituto de Justicia Restaurativa-Amepax. Vid. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, págs. 14 y 18, y DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Conclusiones del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: origen y beneficios reales y potenciales” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, pág.122.

tanto, está inspirada en los valores y principios de esta Justicia e impregnada de su filosofía.

Entre las diferencias cabe señalar:

-En cuanto a los sujetos y sus pretensiones, una de las características singulares de la mediación penal deriva de que las partes que toman parte en el procedimiento no son dos partes en igualdad, sino una víctima y un infractor.

En la mediación en materia penal, una parte ha cometido un delito (infractor), y generalmente lo ha admitido, y la otra parte ha sufrido el delito (víctima). Como señala Marques Cebola⁴⁵², no están en conflicto distintas pretensiones antagónicas de las partes, sino la comisión de un hecho ilícito, con el resultado de unos daños a otras personas o a la sociedad, por ello en los conflictos penales está inmediatamente definido quién tiene una pretensión digna de tutela, o sea el ofendido, y quien deberá satisfacer esa pretensión, es decir, el agresor.

Por tanto, ya de por sí, en la mediación penal hay un cierto desequilibrio de poder implícito.

En otras mediaciones, las partes se llaman contendientes y se considera que ambas contribuyen, en mayor o menor medida, al conflicto y ambas deben comprometerse para alcanzar una solución. En estos casos, la mediación se centra en la búsqueda de soluciones más que en ver el impacto que el conflicto ha tenido en la vida de los participantes.

-En cuanto al método, en la mediación penal, la solución al conflicto se obtiene mediante un “diálogo impulsado”, que, teniendo en consideración el impacto que el conflicto ha tenido en la vida de los participantes, trata fundamentalmente de lograr la curación de la víctima, la rendición de cuentas del infractor y la reparación de los daños. La cuestión de la culpabilidad o inocencia no va a ser mediada y no hay compromisos ni razones para que la víctima se conforme con menos de lo que necesita para hacer frente a sus pérdidas. Lo esencial es el dialogo entre víctima e infractor, independiente de que se llegue a un acuerdo o no –si bien en la mayoría de los procesos restaurativos, y, por tanto, de la mediación penal, se alcanza tal acuerdo-.

Por ello, las técnicas utilizadas por los mediadores en materia penal son absolutamente diferentes como también lo es la forma de abordar el conflicto. El mediador

⁴⁵² Vid. MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia...*ob.cit. pág. 357, en referencia a Carnelutti.

deberá emplear una serie de técnicas específicas y de modelos de mediación adecuados a las características singulares de la mediación en materia penal⁴⁵³.

-En cuanto al objetivo, se pueden señalar como principales objetivos de la mediación en materia penal: la reparación de la víctima, la responsabilización del agresor del daño cometido y la restauración de la paz social. Mientras, en otras mediaciones, el objetivo se centra en alcanzar una solución equilibrada al conflicto.

-En cuanto a la formación del mediador, estas singulares características hacen que la formación de los mediadores en materia penal deba ser específica y especializada, siendo esencial que todos los planes de formación se vean informados por la Justicia Restaurativa.

1.3. MEDIACIÓN PENAL Y CONFORMIDAD.

Hay quien confunde ambas instituciones.

La conformidad, definida como aquella institución que, tras el reconocimiento de los hechos y mediante la aceptación voluntaria por el acusado de la pena más grave para él solicitada, permite la emisión de sentencia condenatoria sin la celebración de juicio.

De esta forma, cuando se llega a una conformidad, el acusado reconoce los hechos y se compromete de forma expresa a no recurrir la sentencia y a cumplir la pena que se acuerde.

Constituye uno de los medios de solución consensuada del proceso penal que se orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia. Incide positivamente en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que padecen los Juzgados y Tribunales, al agilizar la finalización de procesos penales por vía de acuerdo entre las partes.

A grandes rasgos, supone unos beneficios tanto para el infractor como para la víctima, así como para los testigos, peritos y demás intervinientes en el juicio.

Por lo que respecta al infractor, al no celebrarse juicio, se evita el efecto estigmatizador del mismo, y proporciona al acusado dispuesto a reconocer la culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización.

⁴⁵³ MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia...*ob.cit. pág. 358.

En cuanto a las víctimas, evita prolongar los efectos de la victimización secundaria, podrán ser reparadas de forma más ágil y segura del daño causado, y verán finalizado el proceso de forma más rápida y efectiva.

Por último, a los testigos, peritos y demás colaboradores en la Administración de Justicia que hayan de asistir a juicio, se evitan citaciones, esperas, molestias innecesarias y gastos, siempre que se prevea con antelación suficiente la conformidad de las partes en el proceso.

En cambio, la mediación penal, si bien parte del reconocimiento de los hechos por el infractor -al menos así lo considera la mayoría de la doctrina-, lo cierto es que éste no ha de “*avenirse a aceptar*” pena alguna y responsabilidad hacia la víctima en cuanto a su reparación o indemnización; más al contrario, *participa*, personalmente y de forma activa, en la consecución del acuerdo de reparación a la víctima, junto con ésta, de manera que entre ambos deciden cuál es la mejor forma de reparar ese daño. En la toma de esta decisión no intervienen terceros, como ocurre en la conformidad, aún cuando colabore un mediador para ayudarles a alcanzar el acuerdo, puesto que éste no tiene poder de decisión alguno.

En definitiva, en la conformidad, el acuerdo se adopta por terceros (abogado defensor, acusador particular, en su caso, y Ministerio Fiscal), el acusado se limita a mostrar su conformidad con el acuerdo⁴⁵⁴ y a la víctima no se le oye⁴⁵⁵, salvo que esté personada, en cuyo caso intervendrá en la negociación, al igual que el acusado, solo a través de su Letrado.

Por el contrario, en la mediación penal es el propio acusado quien alcanza por sí mismo, junto a la víctima, el acuerdo, sin la injerencia de terceros, a excepción del mediador que solo intervendrá para ayudarles a alcanzar el acuerdo, es decir, éste se adopta directa y personalmente por víctima e infractor. Acuerdo que, por otro lado, se limita, en el caso de la mediación, a la reparación del daño a la víctima -y a la comunidad, en su caso-, quedando excluido todo lo referente a la posible pena que, de proceder, haya de imponerse al acusado, sin perjuicio de la influencia que el procedimiento de mediación y el acuerdo reparatorio tengan en la imposición de la misma.

Sí coinciden conformidad y mediación en el hecho de que en ambos casos el acusado/infractor se compromete de forma expresa a cumplir lo que se acuerde. Solo que en el caso de la mediación penal es más fácil que efectivamente se cumpla lo acordado

⁴⁵⁴ Solo toma parte en la negociación, y no siempre, a través de su Letrado.

⁴⁵⁵ Rara vez el Fiscal se entrevista con la víctima antes de negociar el acuerdo.

puesto que es el propio infractor, mediante la asunción de su responsabilidad, quien así lo decidió, mientras que en la conformidad, lo que guía al acusado es lograr la reducción de la pena⁴⁵⁶.

En cuanto a la víctima, en el juicio de conformidad, por regla general, no se le oye, queda al margen de la negociación y de su resultado, respondiendo, de esta forma, al sistema de justicia tradicional. El olvido y la marginación de la víctima en la conformidad constituye la manifestación más obvia, más evidente, de las diferencias entre estas dos instituciones: la conformidad y la mediación penal⁴⁵⁷.

Por otro lado, ambas instituciones responden a distintos fines.

Así, mientras la conformidad persigue la descongestión de los Juzgados y la celeridad de los procesos penales con la consiguiente agilización de la Justicia; la mediación, si bien puede contribuir a la celeridad en el proceso penal y a la descongestión de los Juzgados y Tribunales, lo cierto es que no es ésta su finalidad última ni necesariamente ha de conseguirse tal fin. Como ya se dijo, la mediación penal pretende, fundamentalmente, la reparación satisfactoria a la víctima y la responsabilización del infractor, con el consecuente beneficio para la comunidad en cuanto al logro de la paz social⁴⁵⁸.

Otro elemento diferenciador es que la conformidad se produce dentro del proceso, formando parte del mismo. La mediación penal, por el contrario, se produce fuera del proceso penal⁴⁵⁹ si bien, luego, el acuerdo alcanzado se incorpora al mismo produciendo los efectos legales oportunos.

Un punto de unión entre ambas instituciones es que el juicio de conformidad constituye, de hecho, uno de los cauces legales más adecuados para la incorporación del acuerdo de mediación.

2. CONCEPTO.

⁴⁵⁶ Una vez recaída sentencia de conformidad, con la oportuna reducción de la pena, aún cuando el acusado no cumpla lo acordado, la pena impuesta -reducida- no se altera y se ejecuta -si se ejecuta- con la reducción aplicada. Pienso que en las sentencias de conformidad se debería acordar dos condenas: una principal, con la reducción como beneficio de la conformidad prestada, para el caso de que el condenado cumpla voluntariamente lo en ella acordado; y otra, subsidiaria, con la pena originaria, sin reducción, para aquellos casos en los que el condenado no cumpliera lo acordado.

⁴⁵⁷ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. “I. Mediación: conceptos básicos” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág.18.

⁴⁵⁸ Y ello aún cuando hay sectores que pretenden usar la mediación penal solo y exclusivamente para descongestionar la Administración de Justicia, desvirtuando así la naturaleza de esta institución.

⁴⁵⁹ En el sentido de que, aún siendo la mediación penal *intraprocesal*, en el procedimiento de mediación no intervienen los mismos agentes ni se conduce por las mismas reglas que el proceso penal.

La doctrina viene dando distintas definiciones de mediación penal, resaltando cada una de ellas una u otra característica⁴⁶⁰.

Gordillo Santana⁴⁶¹, pone de manifiesto que existen múltiples escuelas y teorías sobre lo que se entiende por mediación y en consecuencia, diversas definiciones del concepto. Considera el autor que, al ser un sistema de regulación de conflictos totalmente abierto a diferentes interpretaciones, dar una definición puede ser positivo, pero también puede dejar fuera a los que tienen una visión diferente. No obstante, a pesar de ello, señala que sí existe consenso respecto a cuáles son los elementos esenciales que lo integran: la existencia de un conflicto, de personas que son parte en el mismo y de una tercera persona que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto.

Patricia Esquinas⁴⁶², define, en términos generales, 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 decidir.*

María Tardón⁴⁶³, para quien la mediación penal es *“un mecanismo de participación voluntaria del imputado y la víctima del delito o falta cometidos, en un proceso de diálogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada para los intereses de ambas partes, que situaría el énfasis en los derechos de las víctimas, en una concepción del proceso penal que se ha dado en llamar de justicia reparadora o restauradora, desde la cual, ésta no sería sino una alternativa al propio proceso”.*

⁴⁶⁰ Sobre las dificultades de establecer un concepto de mediación, véase *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, JAUME MAGRE, M^a ELENA LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, págs. 84 y sig. Ya también puestas de manifiesto por REDORTA, J. en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*. (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009. Celebrado en Barcelona 18-19 Junio 2009. Disponible en www.huygens.es/ebooks.

⁴⁶¹ GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 181 y 182.

⁴⁶² Cfr. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *“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?”*. Revista Penal nº 18. Julio 2006. Edit. Praxis, Barcelona, pág. 57.

⁴⁶³ Cfr. TARDÓN OLMOS, María, *“El estatuto jurídico de la víctima”*, Revista Cuadernos de Pensamiento Político nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, pág. 24.

Sáez Rodríguez⁴⁶⁴ define la mediación penal como “*el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos y habilidades específicas, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a dos o más personas implicados en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor –o en ambas posiciones en los supuestos de denuncias cruzadas–, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica*”.

Barona Vilar⁴⁶⁵, resaltando la finalidad a que va dirigido, entiende el procedimiento de mediación “*como un cauce en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto que fomenta el diálogo y la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo y que favorece la minimización de la violencia estatal*”.

Los profesores Ruiz Rico y Orozco Pardo⁴⁶⁶, si bien dan una definición de mediación desde el ámbito civil, lo cierto es que resulta interesante y asumible en el ámbito de la mediación penal, por cuanto hacen hincapié en que se trata de un procedimiento, con sus fases y garantías, dirigido u orientado por un profesional, que pretende lograr la solución del conflicto desde el análisis de sus causas, no solo de sus efectos, mediante un acuerdo, procedente de las partes, que ha de ser viable, mutuamente asumido y “justo” en términos jurídicos.

⁴⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA., (coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción), Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008. pág. 314.

⁴⁶⁵ Cfr. BARONA VILAR, Silvia, “*Mediación penal: un instrumento para la tutela penal*” en Revista del Consejo General del Poder Judicial nº 94, 2012, pág. 24, y BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Víctimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 231.

⁴⁶⁶ Vid. RUIZ RICO Y RUIZ MORON, Julia y OROZCO PARDO, Guillermo, “*La mediación familiar en el derecho español (especial referencia a la ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero)*”. Revista Mediara 1. Cuadernos. Septiembre 2012.

Disponible en <http://www.revistamediara.es/articulos/12/la-mediacion-familiar-en-el-derecho-espanol>.

Palma Chazarra⁴⁶⁷ tras hacer un detallado análisis sobre el concepto de mediación, da finalmente una definición en la que destaca que el acuerdo consiste en “*una opción pacífica y satisfactoria para ambas, con proyección hacia su futuro cumplimiento*”.

Ortuño Muñoz y Hernández García⁴⁶⁸, aluden a la mediación como un proceso dotado de una estructura formal flexible y especialmente indicado cuando las dos partes que litigan han de seguir manteniendo relaciones en el futuro.

En el *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, celebrado en Burgos los días 4 y 5 de Marzo de 2010⁴⁶⁹, se definió la Mediación Penal como *un proceso de dialogo y comunicación gratuito y voluntario entre víctima e infractor conducido por un mediador imparcial con el objeto de llegar a acuerdos reparadores satisfactorios y libremente aceptados por las partes*. Resalta sus características como proceso voluntario, gratuito, confidencial, alternativo o complementario al sistema de justicia tradicional, con intervención de un tercero imparcial, informal -pero con estructura y no se pierden derechos (las partes siempre tienen abierta la vía judicial y en cualquier momento pueden desistir de la mediación penal)-, y que implica economía de tiempo y esfuerzo ya que supone agilizar el proceso.

En el ámbito de la legislación europea, la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)⁴⁷⁰ daba una definición de mediación penal en el art.1e), según la cual “*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*”. Como puede apreciarse, se trata de una escueta y poco esclarecedora definición de la que solo cabe destacar su alusión al momento en el que se puede celebrar la mediación, si bien parece dejar fuera de contexto la mediación celebrada después de la sentencia.

En la legislación española, cabe citar, en primer lugar, el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁴⁷¹, y posteriormente la Ley

⁴⁶⁷ Vid. PALMA CHAZARRA, Luhé, en su tesis doctoral *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Edit. Universidad de Sevilla, 2007, págs. 1-13.

⁴⁶⁸ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “*Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*”. Fundación Alternativas 2007, pág.35. Disponible en www.falternativas.org.

⁴⁶⁹ Cfr. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág. 13.

⁴⁷⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 82/1 de fecha 22.3.2001.

⁴⁷¹ Publicado en BOE de fecha 6 de marzo de 2012.

5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁴⁷². Estas dos normas facilitan un mismo concepto de mediación, si bien circunscrito al ámbito civil y mercantil. Así, en el art. 1 de ambas leyes se dice que “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Esta definición, al igual que la anterior, queda falta de contenido, incompleta y de escasa aplicación a la mediación penal dado que, como a la anterior, le faltan características definitorias específicas de este tipo de mediación.

El reciente Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013 dedica un artículo a la definición de mediación penal. Según el art.143, “*Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo*”.

Ante la simplicidad de esta definición, se hace necesario acudir a la Exposición de Motivos del citado Proyecto en el que se da una definición más clara y concreta al decir que “*La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica*”.

Desde mi punto de vista, y teniendo siempre en cuenta las dificultades que entraña el concepto de mediación penal, puede definirse como un sistema de resolución de conflictos a través del cual una tercera persona, ajena al conflicto, capacitada, neutral e imparcial, interviene para que dos o más personas, implicadas en una infracción penal como víctima e infractor, alcancen, mediante el diálogo y la comunicación entre ellas, un acuerdo sobre la forma en la que el infractor llevará a cabo la reparación del daño causado a consecuencia de la citada infracción.

Es un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo⁴⁷³, mediante una prestación voluntaria del autor a favor

⁴⁷² Publicada en BOE 7 de julio de 2012.

⁴⁷³ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V. “*Justicia restaurativa y mediación penal*”, Revista de Derecho Penal. Lex Nova nº 23, enero 2008. Valladolid, pág. 20.

del ofendido o la víctima y cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido se llevará a cabo ante la comunidad⁴⁷⁴.

Hay que tener presente, tal como indica Barona Vilar⁴⁷⁵, que la mediación penal no es un *proceso* sino un *procedimiento*⁴⁷⁶. No hay función jurisdiccional. No actúa un juez sino un mediador, y lo hace de forma autocompositiva o *intra partes*, puesto que su misión, ejercida desde la neutralidad, consiste en trabajar con las partes, aproximándolas, ayudándolas a asentar sus posiciones y sus intereses, pero no decide por ellas.

Destaca también esta autora⁴⁷⁷ que la mediación supone una inflexión en la concepción de la Justicia penal, en cuanto:

- 1) Delito se convierte en conflicto, sustituyendo a la conducta antijurídica.
- 2) Víctima y victimario son los principales actores.
- 3) Se da prioridad a la reparación del daño y a la prevención especial sobre la prevención general y la retribución.
- 4) La persecución de conductas no es ya solución exclusiva del Estado sino que permite la intervención de los sujetos implicados en el hecho delictivo.
- 5) Vía diversa del proceso, si bien el acuerdo produce efectos procesales.

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 infractor⁴⁷⁸.

Se basa en el protagonismo de los afectados por el delito. Partiendo de la premisa de que se ha causado un daño y éste ha de repararse, se da participación a los implicados y así se puede alcanzar el resultado restaurador de la reparación y la paz social.

⁴⁷⁴ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia “*Qué es la Justicia Restaurativa*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, pág.9.

⁴⁷⁵ Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Víctimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 231. En el mismo sentido en BARONA VILAR, Silvia, “*Mediación penal: un instrumento para...*ob.cit. pág. 24.

⁴⁷⁶ La misma autora informa, de manera escueta pero muy clara, de la diferencia entre uno y otro término. Así, dice, el procedimiento existe en cualquier actividad jurídica, siendo la manera formal en que se desarrolla aquella, y proceso se refiere tan solo al ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de manera irrevocable, siendo ésta la función jurisdiccional (art. 117.3 CE). Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*Mediación penal: un instrumento para...*ob.cit. pág. 24.

⁴⁷⁷ Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación ...*ob.cit. págs 231-232.

⁴⁷⁸ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V. “*Justicia restaurativa y mediación ...*ob.cit. pág. 3. Con ello, entre otras cosas, señala la autora, 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.

En definitiva, la mediación penal, como una de las formas de expresión de la Justicia Restaurativa, convierte a la víctima en protagonista⁴⁷⁹, potencia la responsabilización del infractor y recupera la vocación reinsertadora del sistema penal.

La mediación penal se presenta, a mi juicio, como un sistema ajustado a todas aquellas exigencias para lograr la participación y la satisfacción de la ciudadanía ante la Justicia, así como la recuperación de la posición de la víctima en el sistema penal y la reparación del daño ocasionado por la infracción penal, no solo para la víctima sino también para la comunidad. Y ello, tanto a nivel procesal como sustantivo, por cuanto supone *“la introducción en el proceso penal de un incidente autocompositivo, voluntario para las partes con todas las garantías procesales y con sus consecuencias predeterminadas en la ley”*⁴⁸⁰, en el que los juzgados y tribunales controlarán el desarrollo del procedimiento mediador y trasladarán sus resultados al proceso, velando por el cumplimiento de los derechos y las garantías legales.

3. FINES.

Para el Consejo General del Poder Judicial la Mediación Penal responde a los siguientes fines⁴⁸¹ :

1-Asegurar una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado a la misma por la infracción penal.

2-Responsabilizar al infractor sobre las consecuencias de su infracción.

3-Restablecer la convivencia y el diálogo comunitario.

4-Devolver protagonismo a la sociedad civil.

5-Conocer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales tanto de la víctima como del infractor.

⁴⁷⁹ En palabras de Barona Vilar, la mediación ofrece una transformación del mero “ser” víctima al “estar” como víctima en el modelo de justicia penal. Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *“Mediación penal: un instrumento para...”*ob.cit. pág. 24.

⁴⁸⁰ Cfr. GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino *“La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación”*, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA., (coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción), Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008. pág. 315.

⁴⁸¹ *Vid.* Informe del CGPJ sobre *“La Mediación en el Proceso Penal”*, disponible en www.poderjudicial.es.

Por su parte, Carmen Caravaca⁴⁸² señala que los tres grandes objetivos de la mediación penal, como instrumento de intervención social, son :

1.-La reparación moral y material de la víctima, que puede contar con la oportunidad de participar en la resolución del conflicto que le afecta, y de ser escuchada, recuperar la tranquilidad y la paz, e incluso ser compensada directa o indirectamente por los daños sufridos.

2.-La potenciación de los recursos de la Justicia, al acoger métodos alternativos de resolución de conflictos que pueden ser más eficaces y cercanos, al optimizar los medios judiciales, al integrar a la comunidad en el proceso penal, y al potenciar desde la Justicia el restablecimiento de la paz social. La resolución alternativa de conflictos, permite el descongestionamiento de los Tribunales y la mejor utilización de los recursos humanos y físicos, mediante un procedimiento ágil, económico y eficaz.

3.-El fortalecimiento de la convivencia comunitaria, sensibilizándola sobre los métodos alternos de autorresolución de conflictos más conectados con su realidad y sus recursos, incorporando elementos compensatorios para la misma comunidad, permitiendo reintegrar socialmente a los menores infractores y sus familias. Por otro, la interrelación entre la Justicia y la comunidad, mediante el acercamiento de la Justicia a los ciudadanos, posibilitando formas ágiles y participativas para la resolución de los conflictos propios de su ámbito cultural o geográfico.

De una forma más detallada, Belloso Martín⁴⁸³ distingue como fines de la mediación⁴⁸⁴:

- 1.- En relación a la víctima, la mediación penal persigue tres objetivos:
- La reparación o resarcimiento del daño.
 - La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica
 - La resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo.

⁴⁸² Cfr. CARAVACA LLAMAS, Carmen, “Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social” en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2011, pág. 11-12. www.eumed.net/rev.cccss/11.

⁴⁸³ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Mediación penal ¿beneficios reales o potenciales?”, *Revista Criminología y Justicia*, titulada *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* nº 4, Marzo 2012, págs. 25-26.

⁴⁸⁴ En el mismo sentido, *vid.* RÍOS MARTÍN, Julián y OLAVARRIA IGLESIA, Teresa “Conclusiones del curso la mediación civil y penal. dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales” en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. Vol 136, 2007, págs. 256-257.

2.- En relación a la persona acusada y/o condenada, se trata de evitar los efectos que el actual procedimiento penal genera:

- Sufrimiento personal que supone la pérdida de libertad.
- Interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza.
- Nulo aprendizaje de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.
- Ausencia de responsabilización frente a la conducta infractora.
- Intenso deterioro de las facultades psicológicas y físicas.
- Se dificultan los procesos de reinserción social y se incrementan las posibilidades de reiteración delictivas.

3.- En cuanto a la sociedad civil, la mediación:

- Facilita el diálogo comunitario.
- Reconstruye la paz social quebrada por el delito y minimiza las consecuencias negativas
- Devuelve el protagonismo a la sociedad civil
- Controla el aumento de la población reclusa
- Incrementa la confianza en la administración de justicia penal
- Protege la esfera civil: más y mejor manejo de los conflictos a nivel comunitario con la participación directa de las partes afectadas.
- La finalidad es que la sociedad civil acometa reformas de las leyes procesales y penales que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal, cumpliendo con las obligaciones que incumben a los Estados, desde la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

Por su parte, el Proyecto del Código Procesal Penal de 2013, en su Exposición de Motivos, deja entrever la trascendencia positiva que para la víctima supone la mediación penal por la finalidad que ésta persigue. Resalta su finalidad protectora de la víctima al decir que *“La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”*⁴⁸⁵. Y, más concretamente, señala que *“con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso”*⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Exposición de motivos del Proyecto de LECr. de 2013, pág.21.

⁴⁸⁶ Exposición de Motivos, pág. 22.

En definitiva, se puede apreciar que entre los fines de la mediación penal destaca, de manera especial, reparar y proteger a la víctima.

A la vista de ello, y teniendo en cuenta que el proceso penal, además de ser el instrumento del *ius puniendi* del Estado en su misión de tutela de intereses públicos, es -o debe ser- también un mecanismo de satisfacción de los derechos e intereses de las partes, resulta que, en mi opinión, la Mediación Penal se constituye en una de las herramientas más apropiadas de la Justicia Penal para la resolución de conflictos personales en el seno del proceso penal⁴⁸⁷.

Tanto es así que ya en el marco de la legislación europea se pronunció sobre estos aspectos el Consejo de Europa en la Recomendación de su Comité de Ministros de 15 de Septiembre de 1999, con relación a la mediación en asuntos penales, y más tarde, el Consejo de la Unión Europea mediante Decisión Marco de fecha 15 de Marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), donde se establecía que *“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales....Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación...Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de Marzo de 2006”* (arts. 10 y 17)⁴⁸⁸. Y en términos similares se pronunció el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Recomendación 1999/26 de 28 de Julio, haciendo un llamamiento a los países miembros para que formulen políticas de mediación y Justicia restauradora⁴⁸⁹.

4. LA MEDIACIÓN PENAL Y EL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO.

⁴⁸⁷ Así opinan también, además de un amplio sector de la doctrina -de la que iremos haciendo eco a lo largo de este trabajo-, el propio Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía, numerosos organismos autónomos y agentes judiciales (abogados, secretarios judiciales, jueces, fiscales etc).

⁴⁸⁸ El Estado español aún no ha cumplido esta obligación legislativa, entendiéndose que “se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los Mediadores, los efectos y consecuencias de la misma” (respuesta parlamentaria escrita nº 4/001242/0000 de fecha 9 de Julio de 2004). No obstante, como ya se señaló, en Julio de 2011 el Consejo de Ministros aprobó dos Anteproyectos relacionados con el proceso penal en los que hace especial referencia a la Mediación Penal: el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal. Posteriormente, en Febrero de 2013, se presenta un nuevo Proyecto de LECr. que también alude a la mediación penal.

⁴⁸⁹ Por citar algunas de las normas más destacables.

Decíamos que la evolución del derecho penal ha llevado a que el Estado se atribuya el monopolio del “*ius puniendi*”, que lo ejercita a través de la Administración de justicia.

Se discute si la mediación penal supondría un peligro para el ejercicio exclusivo del “*ius puniendi*” por el Estado y si aquélla supondría la privatización del Derecho Penal⁴⁹⁰.

La Mediación Penal, al igual que la Justicia Restaurativa y como instrumento de la misma, no constituye, necesariamente, un modelo alternativo y ajeno al proceso penal ni a la judicialización del conflicto delictivo. Tampoco ha de suponer la privatización del proceso penal.

El carácter público de este instrumento de Justicia restaurativa queda garantizado, por cuanto corresponde a los poderes y órganos estatales definir y delimitar el marco de la mediación, sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales, y asegurar la observancia de las garantías procesales, evitando o corrigiendo los eventuales abusos que se pudieran originar⁴⁹¹.

De similar opinión es Barona Vilar⁴⁹², para quien la mediación no afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción ni afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que, considera, deben ser los tribunales los que controlen los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuyan o no eficacia jurídica a lo acordado. Señala que se trata de una modalidad autocompositiva intraprocesal que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada -sobreseimiento por razones de oportunidad reglada- o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia.

Beltrán Montoliu⁴⁹³, por su parte, reivindica que la mediación penal no se considere únicamente una alternativa. Considera que no tiene por qué reemplazar el actual sistema

⁴⁹⁰ Estas son algunas de las críticas que apuntan los detractores de la Mediación Penal -de las que nos ocuparemos con mayor detenimiento más adelante-, entre los que cabe señalar a autores como Silva Sánchez. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*” Revista Poder Judicial. n^o 45. 1997; y Morillas Cueva. Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. Dyckinson S.L. Madrid 2010.

⁴⁹¹ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. “*I. Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 15.

⁴⁹² BARONA VILAR, Silvia, “*Mediación penal: un instrumento...*ob.cit. pág. 24. En los mismos términos se pronuncia en BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*” en *Victimas Olvidadas...*ob.cit. pág. 232.

⁴⁹³ BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “*Epígrafe 2. Modelo de mediación en los Estados Unidos de América*” en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. VVAA. (Dirigido por BARONA VILAR, Silvia), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág.65.

de justicia penal, sino que lo mejora y lo complementa, puesto que la mediación no sirve para todos los casos ni tampoco se debería aplicar siempre, al igual que el proceso penal.

Para Subijana Zunzunegui, la mediación penal únicamente puede ser concebida como una fórmula compositiva integrada en la justicia penal. Y ello por cuanto, entiende que cuando las controversias tienen naturaleza penal y afectan, por lo tanto, al orden jurídico concebido para prevenir las infracciones más graves a los intereses jurídicos esenciales para la convivencia comunitaria, la reacción al hecho criminal debe ser homologada por el Estado, a través del sistema institucional de Justicia. *“De esta manera, la estructura estatal, diseñada por el Estado, para resolver controversias (el Juez, el Ministerio Fiscal) garantiza que el proceso de mediación sea respetuoso con la libertad y los derechos procesales básicos de los partícipes, verifica que la respuesta a la infracción penal sea idónea para cumplir los objetivos individuales y comunitarios asignados a toda reacción al delito y facilita que, finalmente, los acuerdos reparadores a los que se llegue en la mediación se hagan efectivos, en el caso de que voluntariamente no sean llevados a la práctica. En otras palabras: la mediación reparadora sería un modelo de justicia dentro del sistema penal”*⁴⁹⁴.

Una visión más amplia de la mediación la aporta Pilar Sánchez que considera que *“la mediación que no es, ni puede ser, una mera herramienta más al servicio de la justicia penal convencional. Ni se la puede convertir en la solución facilona o barata para resolver la lentitud de la justicia o a su carestía. La mediación obliga a una recolocación crítica de todo el sistema, de los operadores jurídicos y de todos los actores sociales. En este horizonte, no cabe apostar por un único modelo de mediación intrajudicial. Más bien, la Justicia Restaurativa exige cuidar y cultivar la mediación extrajudicial y comunitaria. La mediación así configurada no queda fuera del procedimiento penal ni de sus garantías, dado que sus resultados acaban incorporados al mismo, siendo tuteladas por el Ministerio Fiscal”*⁴⁹⁵.

Igualmente atrevida es la propuesta de Lorenzo del Río, quien, tras declarar que *convendrá profundizar, con la fundamental participación de jueces y magistrados, en el análisis de las deficiencias del actual sistema penal y no poner obstáculos a buscar distintas soluciones a las existentes, antes y durante el proceso, dando intervención a la*

⁴⁹⁴ Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *“El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”*. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, págs. 150-151.

⁴⁹⁵ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, Pilar, *“La mediación como alternativa a la justicia”*. Revista Crítica, año 58, nº 954, 2008, pág. 64. (Ejemplar dedicado a: *¿Qué le pasa a la justicia?*), ISSN 1131-6497. Disponible en www.revista-critica.com.

víctima, concluye que, entre las posibles soluciones, se hace preciso configurar *un modelo alternativo al proceso penal, que abunda en ...b) la sustitución del proceso penal por técnicas de mediación y conciliación entre el delincuente y la víctima, que propendan a la confrontación víctima/victimario, con la intervención de un mediador que sustituya la normal conclusión del actual sistema (la pena) por una serie de efectos, entre los que ostenta prioridad indiscutible la obtención de una satisfacción, económica o de otro tipo, para la víctima. En definitiva, la denominada «privatización» de un sector del Derecho Penal en el que tendría que predominar la búsqueda de aproximación y acuerdo entre víctima y autor sobre el ejercicio absoluto del ius puniendi a cargo del Estado*⁴⁹⁶.

También el Anteproyecto de LECr. de 2011⁴⁹⁷ se pronunciaba al respecto en el sentido de que *“la mediación no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del ius puniendi. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima”*.

De una forma u otra, compartiendo la opinión de Pascual Rodríguez⁴⁹⁸, ha de considerarse que la mediación penal en ningún caso trata de arrebatar el ejercicio del *ius puniendi* al Estado. El procedimiento de mediación penal no se desarrolla al margen del proceso penal, sino que *nace de él y vuelve a él* para dar forma y respuesta jurídica a los acuerdos a los que llegan las partes tras dialogar sobre sus necesidades y posibilidades de reparación⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, *“El Reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad”*, Diario La Ley, nº 6520, 6 de Julio de 2.006, pág. 9. En igual sentido, DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, *“Mediación y Cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal”* (Texto de la conferencia inaugural impartida el día 20 de Octubre en *las I Jornadas Técnicas de Mediación. Nuevos enfoques de la Justicia*, convocadas por la Fundación Mediara. 20-21-October de 2011. Puerto de Santa María (Cádiz). Revista 1. Tribuna. Fundación Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía. Consejería de Justicia e Interior. 1-9-2012, pág. 7. Disponible en fundacionmediara.com y en <http://es.scribd.com/doc/73355036>.

⁴⁹⁷ Exposición de Motivos, pág. 29.

⁴⁹⁸ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2012, pág 113. Disponible en eprints.ucm.es/16592/1/t33979.pdf.

⁴⁹⁹ La autora propone un sistema de mediación que nace en el propio proceso penal y se inserta en él, cualquiera que sea el procedimiento y cualquiera que sea la fase procesal en que se encuentre. Por tanto, considera que el *ius puniendi* lo ejercita el propio Estado a través de la Administración de Justicia, pero permitiendo que en ese ejercicio participen los protagonistas del conflicto, cumpliendo por medio de la justicia restaurativa con dos de sus fines: atender a la víctima y a la colectividad. Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...ob.cit.* pág. 115.

Para un mejor conocimiento del sistema de Mediación Penal, así como de las posibilidades de regulación legal por los distintos Estados y de su efectiva aplicación práctica, es necesario hacer una breve exposición de su origen y desarrollo normativo.

5. REGULACIÓN LEGAL EN EL DERECHO SUPRANACIONAL.

Si bien con carácter excepcional en años anteriores había aparecido alguna normativa al respecto, es a partir de 1980 cuando empiezan a surgir numerosas declaraciones e instrumentos provenientes de organismos internacionales que contemplan la Justicia Restaurativa, en general, y la mediación, en particular, como un instrumento adecuado de resolución de conflictos.

A raíz de esta regulación, se han incrementado los estudios e investigaciones sobre Justicia Restaurativa y se han puesto en funcionamiento programas y proyectos experimentales en diferentes países, llegando a incorporar en las legislaciones internas medidas propias de este modelo.

De esta forma, se va consolidando de manera progresiva la Justicia Restaurativa -y con ella la mediación penal como principal herramienta-, en diferentes países, ocasionando la necesidad de modificación de las correspondientes leyes estatales con el fin de promover la mediación en el ámbito penal, como se verá más adelante.

Resulta interesante resaltar que la mayoría de estas normas viene referida, precisamente, a la protección de las víctimas y sus derechos.

Sin ánimo de hacer una relación y análisis exhaustivos de esta normativa internacional, cabe citar las que, desde mi punto de vista, son más significativas:

5.1. NACIONES UNIDAS.

La Asamblea de las Naciones Unidas se considera el órgano impulsor inicial de la Justicia Restaurativa y la Mediación Penal, al ser el pionero en propugnar la conveniencia de utilizar mecanismos de solución de controversias, como la mediación, el arbitraje etc.

No obstante, el gran impulsor de la Mediación Penal es el Consejo Económico y Social al señalar la necesidad de que los Estados miembros intercambien información y experiencia sobre Justicia Restaurativa y, mas concretamente, sobre Mediación Penal y desarrollen estrategias y políticas para su desarrollo.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de las Naciones Unidas.

Hace referencia a mecanismos informales para la resolución de controversias tales como la mediación, el arbitraje etc, recomendando su utilización para facilitar la conciliación entre víctima e infractor y reparación de las víctimas.

-Declaración de las Naciones Unidas, sobre los *principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, de fecha 29 de noviembre de 1985. (Resolución 40/34, de 29 de Noviembre de 1985).

Proclama que las víctimas han de tener un papel más activo en el proceso penal, señalando, además, los 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. Insta a la utilización, cuando proceda, de mecanismos oficiosos para la solución de litigios, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o prácticas autóctonas, a fin de facilitar la conciliación entre agresor y víctima y la reparación a favor de las víctimas. Señala además los derechos mínimos que todo ordenamiento debe garantizar a las víctimas (entre ellos la reparación por parte del delincuente, la compensación estatal, el derecho de información, la prestación de servicios sociales básicos etc.). Por último, define a la víctima desde un concepto amplio, al que ya se ha hecho referencia al inicio.

-Resolución 1998/23 de 28 de Julio de 1998 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

En ella se alienta a los Estados miembros a considerar la posibilidad de emplear medios amistosos de composición y arreglo de conflictos para el tratamiento de infracciones menores, usando mecanismos como la mediación.

-Recomendación 1999/26, de 28 de Julio de 1999, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre Desarrollo e implantación de medidas de mediación y de Justicia restaurativa en la Justicia Penal.

Se pronuncia sobre la incapacidad de los mecanismos de justicia tradicional para dar una respuesta rápida y efectiva a determinados delitos, en especial, los llamados delitos menores. Por ello, establece la necesidad de evaluar la posibilidad de implementar otro tipo de procedimientos, como la Justicia Restaurativa y, en especial, los de mediación, que faciliten el encuentro entre víctima y ofensor, la compensación por los daños sufridos o la realización de servicios comunitarios por el delincuente.

Mediante ella se solicita a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal el estudio sobre la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en mediación y justicia reparadora. Además, se hace un llamamiento a los Estados miembros para que formulen políticas de mediación y Justicia Restaurativa entre los sectores de ejecución, y de aplicación de la ley, así como entre las autoridades judiciales y sociales y las comunidades locales.

-Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de abril de 2002, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, sobre *Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia restaurativa en materia penal*.

Constituye una guía básica para la aplicación de la Justicia Restaurativa⁵⁰⁰.

Son un reflejo de la Recomendación R. (99) 19 del Consejo de Europa, aunque en el texto de las Naciones Unidas se advierte una mayor preocupación por el principio de legalidad y los derechos de los infractores⁵⁰¹.

Se pronuncia a favor de este tipo de justicia definiéndola como “una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”.

Los Principios que propone responden más a un modelo de complementariedad que de alternatividad con los sistemas de justicia penal vigentes, a los que debe adaptarse siguiendo criterios de flexibilidad⁵⁰².

En ella se insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la Justicia reparadora.

- Las Reglas y Normas en materia de prevención del delito y justicia penal.

Además de las anteriores específicas normas, las Naciones Unidas viene publicando desde 1992 estas reglas y normas que, a lo largo de los años han proporcionado una visión colectiva acerca de cómo debe estructurarse un sistema de justicia penal.

⁵⁰⁰ Los autores Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles, consideran que es a partir de esta Resolución cuando se consolida la aparición de la Justicia restaurativa en la esfera internacional. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson S.L. Madrid 2011, op.cit. pág. 337.

⁵⁰¹ VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Criterios de evaluación en la Justicia Restaurativa...* Ob.cit. pág.13. Añade la autora que si bien en el Preámbulo se asumen los beneficios para las víctimas, los infractores y las comunidades, se reconoce que el uso de la justicia restaurativa está por debajo del derecho de los estados a procesar a presuntos infractores.

⁵⁰² TAMARIT SUMALLA, JM. “*Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, y marco teórico*” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), Edit. Comares. Granada 2012, pág. 24.

Se ocupa nuevamente de los mecanismos de Justicia Restaurativa y la necesidad de su implementación.

-Manual de Programas de Justicia Restaurativa publicado por las Naciones Unidas en 2006.

Elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Delincuencia. Constituye otro documento de gran interés para la divulgación e implantación de la Justicia restaurativa. En él se hace un interesante estudio sobre los requisitos y exigencias que ha de reunir un programa restaurativo para alcanzar el éxito.

-Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/65/230, de 1 de abril de 2011.

Recomienda aplicar, de modo más amplio, medidas de justicia restaurativa para sustraer a los delincuentes juveniles del sistema de justicia penal, respetando siempre tales medidas los Derechos Humanos y las disposiciones internacionales.

5.2. UNIÓN EUROPEA.

Dentro de la Unión Europea, el organismo que más se ha preocupado y más normativa ha promulgado en torno a la mediación penal es el Consejo de Europa.

Son numerosas las resoluciones del Consejo de Europa que instan a los Estados miembros a potenciar los derechos de las víctimas, incorporar la mediación y la reparación en sus respectivas legislaciones, así como el reconocimiento de un mayor protagonismo de la ciudadanía en los procedimientos judiciales y en la resolución de los conflictos penales que les afecten.

Asimismo, el Consejo de Europa, a través de una de sus subcomisiones y grupos de trabajo -la denominada Comisión Europea para la Eficiencia en la Justicia (CEPEJ)-, elaboró en diciembre de 2007 una “*Guía para una mejor implementación de las recomendaciones concernientes a la mediación en materia penal*”. En ella se recoge una serie de recomendaciones, que han sido elaboradas a partir de la experiencia obtenida de los sistemas de mediación penal existentes en Europa.

Puede afirmarse, por tanto, que el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha sido el órgano propulsor y que más ha incentivado la Mediación víctima-infractor en el ámbito europeo, a través de sus Recomendaciones.

No obstante, conviene recordar que la normativa que emana del Consejo de Europa tiene relevancia porque sirve para destacar los principales problemas que afectan a las

víctimas y establecer las líneas generales para afrontarlos. Sin embargo, por su carácter de “Recomendaciones”, sin fuerza vinculante para los países miembros, su efectividad depende de la voluntaria aplicación por parte de los Estados, por lo que su implantación se torna lenta y desigual en ellos. Ahora bien, desde la Unión europea también han surgido una serie de convenios que, una vez ratificados, sí son jurídicamente vinculantes.

-Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950.

Para el propio funcionamiento de su sistema de garantías, admite como procedimiento la mediación, que realizará la Comisión instituida por el referido Convenio, a fin de resolver los conflictos entre un Estado infractor y el demandante, víctima de la violación de derechos. Se inicia con ello el camino de la Mediación Penal en el Derecho Internacional.

-Recomendación R (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁰³.

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. Trataba, igualmente, de fomentar la instauración de un régimen de indemnización estatal a las víctimas de delitos más graves –intencionados y violentos- así como potenciar la participación de la ciudadanía en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad.

Resalta la necesidad de la participación pública en los procesos penales.

-Recomendación R (85) 11, 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 proceso penal.

Insta a los gobiernos de los Estados miembros a 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, de forma que habrán de tener presente que las decisiones de la justicia se han de adoptar considerando la reparación del daño sufrido por la víctima y todo el esfuerzo realizado seriamente por el autor del delito en este sentido. Incluso, recomienda a

⁵⁰³ Para los autores Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles, en esta Recomendación se asientan las raíces de la mediación penal del ordenamiento jurídico español. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson S.L. Madrid 2011, op.cit. pág. 348.

los gobiernos de los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

Resulta interesante resaltar que parece decantarse por la atribución al resarcimiento de nuevas funciones en el ámbito punitivo, al señalar que la reparación deberá poder constituir bien una pena, o bien un sustitutivo de la pena, o bien ser objeto de resolución al mismo tiempo que la pena. Concede efectos jurídicos en el ámbito punitivo no solo a la reparación del daño a la víctima sino también al esfuerzo serio del delincuente por reparar el daño.

Aún siendo de contenido similar a la Declaración de las Naciones Unidas de 1985, lo cierto es que, como indica Villacampa Estiarte⁵⁰⁴, ésta ha tenido más eco que la recomendación europea de 1985.

-Recomendación R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal.

Recomienda a los gobiernos potenciar la aplicación de principios de descriminalización y de intervención mínima así como tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores, evitando, siempre que sea posible, la intervención judicial. Asimismo, se recomienda llegar a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la infracción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.

-Recomendación R (87) 21, de 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.

En ella se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de las víctimas, entre las que se encuentra la mediación: se recomienda a los gobiernos fomentar las experiencias, de ámbito nacional o local, de mediación entre el infractor y su víctima, y evaluar los resultados observando hasta que punto sirven a los intereses de la víctima.

-Recomendación R(99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de Septiembre de 1999, relativa a la mediación en asuntos penales.

Ha resultado ser un gran impulso para la instauración de programas de mediación penal. Define la mediación penal como todo proceso que permita a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la solución de las cuestiones resultantes de un delito, con la ayuda de un tercero imparcial (mediador). Establece los principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la

⁵⁰⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Protección internacional de las víctimas” en *Manual de Victimología*, coordinado por E. BACA BALDOMERO. Valencia Tirant lo Blanch. 2006, op.cit. pág. 331.

mediación en materia penal (voluntariedad, confidencialidad y no se ha de utilizar la mediación como prueba de culpabilidad en los procedimientos penales, carácter de servicio público generalmente disponible y posible en todas las fases del procedimiento penal). Asimismo, establece criterios de derivación y de funcionamiento de los servicios, los cuales considera que deberían disfrutar de suficiente autonomía. Igualmente, define las líneas de actuación en relación con la formación, el rol y las funciones de los mediadores, etc. Considera, entre otros aspectos, que:

A) Los Estados miembros tienden cada vez más a recurrir a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al procedimiento penal tradicional.

B) La necesidad de posibilitar una participación personal activa en el procedimiento penal de la víctima, del delincuente y de todos aquellos implicados como partes, con la participación activa de la comunidad.

C) Reconoce el interés legítimo de la víctima para que su voz se haga oír, pueda expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente y obtener explicaciones y la reparación.

D) La importancia de reforzar en el delincuente el sentido de la responsabilidad, darle la oportunidad de rectificar y facilitarle la reinserción.

E) Reconoce que la mediación puede contribuir a la solución de los conflictos y a una justicia penal con resultados más constructivos.

Por todo ello, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que se inspiren para su legislación y práctica en los principios que informa la Recomendación.

-Comunicación de la Comisión, de 14 de julio de 1999, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la UE.

Afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal.

-Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999⁵⁰⁵.

Se declaró, en el punto número 30 de sus conclusiones, que los Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos.

⁵⁰⁵ Vid. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

En él los Estados miembros se comprometieron a ampliar el ámbito de la resolución alternativa de conflictos al campo de la mediación penal, admitiéndose por los Estados que no debe en ningún momento limitarse la mediación al ámbito civil.

-La ya citada Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁵⁰⁶.

Su importancia para el reconocimiento y desarrollo de la mediación penal es tal que es considerada un hito en la normativa europea relativa a este modelo de justicia⁵⁰⁷.

El Consejo de la Unión Europea se pronunció sobre la necesidad de incorporar el sistema de mediación penal en el Derecho Penal de adultos como medio de resolución de conflictos mediante esta Decisión Marco.

En las consideraciones previas se estima que, de acuerdo con el plan de acción del Consejo y de la Comisión, esta Decisión se orienta a buscar la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Establece un marco normativo de actuaciones a desarrollar a nivel de la Unión Europea, a fin de que los Estados miembros las incorporen a sus respectivas legislaciones. Concreta normas referentes a los derechos y garantías de las víctimas, asistencia, protección, indemnización, mediación, cooperación entre los Estados miembros, servicios especializados, etc.

En Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001, págs. 0001-0004 se indica que *“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*

⁵⁰⁶ Respecto a la aplicabilidad directa o no y el carácter vinculante de las Decisiones Marco, ya se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Resolución de fecha 16 de Junio de 2005, en el sentido de que aunque no gozan de aplicabilidad directa, sí tienen carácter vinculante, por lo que la legislación nacional debe interpretarse de conformidad con la Decisión Marco, sin vulnerar los principios de seguridad jurídica e irretroactividad, siempre que ello no se resulte una interpretación *“contra legem”* del Derecho nacional. Sobre estas cuestiones y sobre el contenido de la Decisión Marco de 2001, véase, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *“Protección internacional de las víctimas”* en *Manual de Victimología*, coordinado por E. BACA BALDOMERO. Valencia Tirant lo Blanch. 2006, págs 337-342 ó GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel J. *Código de los derechos de las víctimas. Compilación de disposiciones normativas de ámbito internacional, europeo, estatal y autonómico sobre protección de derechos de las víctimas*. Edit. Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2ª Edición. 2007 y GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel J. *“Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”* en *Estudios de Victimología: Actas del I Congreso español de Victimología*, VVAA (coord. TAMARIT SUMALLA)(I.2004 Lleida). Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

⁵⁰⁷ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España”* en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, op. cit. pág. 70. También destaca de manera especial la trascendencia de esta Decisión Marco para el fomento de la mediación penal, Díaz López. Vid. DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *“Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. Julio 2011. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>, última consulta 30 de abril de 2012.

proceso civil. En el artículo 1 contiene la definición de diferentes conceptos y, concretamente, en el apartado e) se establece que “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”. Adquieren especial relevancia los artículos 10 y 17; así dispone el artículo 10: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”. “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”. Por su parte, el artículo 17 establece que: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006”.

Esta norma internacional ha contribuido decisivamente a la mayor difusión e instauración de la mediación penal en las legislaciones de los distintos Estados miembros, si bien, como ya se señaló, ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

-Recomendación R (2006) 8, de 14 de junio de 2006, del Consejo Europeo sobre asistencia a las víctimas de delito.

Sustituye a la Recomendación (87) 21. Parte del convencimiento de que el estado tiene tanta responsabilidad de atender a las víctimas como a los infractores. Cabe destacar su artículo 13.1 donde se sugiere 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.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE (Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 274 final).

Al referirse al derecho a la compensación y reparación de las víctimas expone que la justicia reparadora va más allá de la mera compensación financiera para centrarse en la recuperación de la víctima. Le reconoce como objetivo restablecer la situación que tenían las víctimas antes del delito, dándoles, si así lo desean, la oportunidad de enfrentarse a los

delinquentes cara a cara y que éstos asuman la responsabilidad de sus actos. Reconoce, igualmente, la posibilidad de que tenga carácter alternativo o en combinación con la justicia formal.

-Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 275 final.

Insta a todos los Estados miembros a que faciliten la existencia de programas de mediación penal u otros programas de justicia restaurativa. Contempla los servicios de justicia restaurativa como servicios de ayuda a las víctimas.

-Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Incide en el hecho de que los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, si bien ha de gozar de unas garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Fija como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. Enumera una serie de factores a tener en cuenta para remitir los asuntos a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora (la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima).

.Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Se pronuncia también a favor de la necesidad de implantar la mediación penal, haciendo suyos los principios y reglas recogidos en la Propuesta de 12 de Septiembre de 2012.

Código de Conducta Europeo para los Mediadores publicado por la Comisión Europea en julio de 2004.

Constituye una importante guía, básica, para regular las obligaciones y exigencias que han de observar los mediadores.

6. ORIGEN Y DESARROLLO EN DERECHO COMPARADO.

Tal como ya se indicó respecto a la Justicia restaurativa, la Mediación penal, como instrumento de aquélla, encuentra sus orígenes⁵⁰⁸, según numerosos autores, en antiguos pueblos y culturas indígenas.

Así, a título de ejemplo, Del Val⁵⁰⁹ sitúa el antecedente más remoto de los mediadores en los primeros mongoles que, procedentes de Siberia, habrían cruzado el estrecho de Bering, para asentarse en América, quienes en su organización contaban con chamanes, cuyas funciones eran esencialmente asesorar al gobierno e intervenir en los litigios mediante el diálogo para dirimir controversias.

Pascual Rodríguez⁵¹⁰ hace referencia a diversas manifestaciones de este modelo de Justicia en diferentes pueblos primitivos. Señala que en Estados Unidos los primeros puritanos, los cuáqueros y los colonizadores holandeses utilizaron la mediación, el arbitraje y la conciliación para asegurarse el cumplimiento de los principios morales y las tradiciones de su grupo, acudiendo al sistema legal sólo como último recurso; en China y en Japón, en donde la mediación tiene una larga tradición; en distintos países africanos aún se continúa convocando una asamblea en la que un respetado miembro de la comunidad actuando como mediador facilita a dos o más interesados la resolución de su problema de forma colaborativa y sin coacciones; e indica que Confucio ya mencionaba en el siglo VI antes de Cristo que “la mejor solución para un conflicto debía lograrse a través de la persuasión moral y en un acuerdo no basado en la coacción”.

⁵⁰⁸ Para un estudio más completo de los antecedentes de la Justicia Restaurativa -y, por ende, de la mediación penal-, especialmente los doctrinales, *vid.* GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007, págs. 39-45, donde el autor expone las diferentes aportaciones que realizaron diversos autores desde la década de los setenta.

⁵⁰⁹ *Vid.* DEL VAL, M^a Teresa, “*Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad*”, (Ponencia, II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa, y Mediación Penal, facultad de Derecho de Burgos. España. 21 al 23 de marzo 2012), en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia ISSN-e 2174-1697, n° 4, 2012, pág. 45.

⁵¹⁰ *Vid.* PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal...* ob.cit. pp 157-158 (págs.101-102). Por lo que a España se refiere, la autora cita como antecedentes de la mediación, el Tribunal de Aguas de Valencia, que desde 1239 media entre los campesinos para regular el conflicto suscitado por el uso del agua, y la Constitución de 1812, que imponía obligatoriamente la conciliación, vedando toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación. De Jorge Mesas también cita el Comité de Conciliación de Valencia como pionero en la mediación en España. *Vid.* DE JORGE MESAS, Luis Francisco “*La mediación en los países de nuestro entorno cultural*”. Cuadernos Digitales de Formación Vol 5, 2008, pág. 231.

Domingo de la Fuente⁵¹¹ sitúa sus orígenes en los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Latinoamérica, 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; e incluso encuentra numerosas alusiones en la Biblia.

Como ya se indicó anteriormente, Howard Zehr también encuentra referencias en la Biblia⁵¹² y, junto con la mayoría de los autores, sostiene que la mediación constituía el método natural de resolución de conflictos en las sociedades tempranas árabes, griegas y romanas⁵¹³.

A sus orígenes bíblicos y en pueblos africanos aluden también Ríos Martín y otros⁵¹⁴.

Sin perjuicio de la existencia de estos antecedentes más remotos, la doctrina se muestra prácticamente unánime en sostener que el precedente más antiguo de la mediación, como parte del actual movimiento de Justicia Restaurativa, lo encontramos en el Derecho Comparado, en concreto, en Canadá -país en el que se ha desarrollado con mayor rapidez y éxito que en otros-; la misma aparece en los años 70, concretamente en Kichner, un pueblo de Ontario, hacia 1974⁵¹⁵. Se produjo cuando dos jóvenes, bajo el efecto de las drogas, anduvieron por las calles del pueblo de Kitchner, Ontario (Canadá)

⁵¹¹ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, "Qué es la Justicia Restaurativa" en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia., nº 4, 2012, págs. 7-8.

⁵¹² Howard Zehr, en su tesis *Changing Lenses: A new focus for crime and Justice*. Edit. Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 1990, acerca de la historia europea, encontró muchas tradiciones restaurativas en la historia y cultura europea, tal como él mismo indica. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, "Entrevista a Howard Zehr"...ob.cit. pág.115. Citado también por ESQUINAS VALVERDE, Patricia en "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?". Revista Penal nº 18. Julio 2006. Edit. Praxis, Barcelona, pág 56 (pp.4).

⁵¹³ Vid. BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, "Epígrafe 2. Modelo de mediación en los Estados Unidos de América" en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. VVAA. (Dirigido por BARONA VILAR, Silvia), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 53 a 84 (pp9), citando a ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for crime and Justice*, 3ªed., Edit. Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 2005, págs. 99-100.

⁵¹⁴ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, "Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)". CGPJ 2008, pág. 17.

⁵¹⁵ Vid., entre otros, BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, "Epígrafe 2. Modelo de mediación en los Estados Unidos de América" en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)* VVAA. (dirigido por BARONA VILAR, Silvia), Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 60; BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones...*ob.cit. pág. 31; GONZÁLEZ VIDOSA, ¿Qué es la ayuda a la víctima?. Barcelona. Editorial Atelier 2001, pág. 69.

destrozando un total de veintidós automóviles de forma irracional. Al no tener los jóvenes antecedentes penales de este tipo de conducta, el oficial de libertad condicional -miembro de la comunidad religiosa menonita⁵¹⁶- propuso al juez que, en lugar de castigarles, asumieran su responsabilidad., indicándole que quizá podría tener un valor terapéutico que los jóvenes conocieran personalmente a las víctimas de sus actos. Finalmente, el juez en la sentencia ordenó que los jóvenes cumplieran con lo propuesto. De manera que bajo la supervisión del oficial fueron a las casas y comercios de las veintidós víctimas, admitieron lo que había sucedido y consiguieron lograr un acuerdo para restituir todos los daños ocasionados a todos los perjudicados. Los jóvenes cumplieron con lo acordado en tres meses y la sensación de reparación que tuvo la comunidad fue plena. Fue conocido como el caso Elvira.

En Estados Unidos se llevó a cabo, poco después, en 1978, una experiencia de características similares en la comunidad de Elkart, Indiana (EEUU).

Carrasco Andrino⁵¹⁷, en cambio, distingue entre los precedentes de dos tipos de mediación: los programas de *reconciliación* (VORP) y los de *mediación* del delincuente con la víctima (VOM)⁵¹⁸.

Los primeros, señala, se caracterizan por buscar la reconciliación del delincuente con la víctima del delito, haciendo hincapié en la reconstrucción de las relaciones interpersonales. La reparación se entiende, no como una nueva pena, sino como una forma distinta de resolver el conflicto penal, en la que los esfuerzos se concentran en generar un mayor entendimiento de lo ocurrido para ambas las partes. La experiencia llevada a cabo en Kichner sería el primer programa de VORP.

Mientras, los programas de VOM se encuentran dentro del modelo social de resolución de disputas, asociados a los centros de justicia vecinal. Estos programas buscan agilizar y mejorar el funcionamiento de la justicia mediante la aplicación de un método de

⁵¹⁶ Nacida en Suiza en el siglo XVI, propugna ideales pacifistas, defendiendo a ultranza el principio de la no violencia y la reconciliación.

⁵¹⁷ Vid. CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, “La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)” Revista Jueces para la Democracia, n^o 34, marzo 1999, pág. 75.

⁵¹⁸ Beltrán Montoliu sostiene que ambos términos responden a un mismo concepto, de forma que este tipo de experiencias, en principio, se denominaban Victim-Offender Reconciliation Programs (VORP); sin embargo, el término “reconciliación”, según la American Bar Association (ABA) no era del todo adecuado pues podía interpretarse por las víctimas que se esperaba de ellas que perdonaran al ofensor. En el debate que tuvo lugar en la ABA se consideró que la expresión Victim-Offender Mediation (VOM) enfatizaba más en el proceso que en el resultado que se esperaba de la mediación. Vid. BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Epígrafe 2. Modelo de mediación en los Estados Unidos de América” en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. VVAA. (Dirigido por BARONA VILAR, Silvia), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 53 a 84 (pp.38).

solución de conflicto más rápido, menos costoso y más eficaz. Considera la autora que son más antiguos al provenir de 1969 de una experiencia que tuvo lugar en Columbus, Ohio, en donde la fiscalía, debido a la gran cantidad de asuntos pendientes estableció un *forum* para someter a mediación los delitos más leves. El éxito del programa hizo que en 1977 el Departamento de Justicia de Estados Unidos crease otros centros de justicia vecinal en Atlanta, Kansas City y Los Ángeles.

En ambos países -Canadá y Estados Unidos- se aplicó, en su mayor parte, en el ámbito de la delincuencia juvenil y se centraba en delitos menores o faltas, si bien en los últimos años se ha extendido a la delincuencia de adultos, y en la actualidad la Justicia Restaurativa se encuentra totalmente consolidada⁵¹⁹, llegándose a aplicar a delitos tan graves como el asesinato y agresiones sexuales⁵²⁰.

Seguidamente, debido a los buenos resultados obtenidos con la experiencia de Kichner, se extendió a otros países, como Australia y Nueva Zelanda⁵²¹ –que lo han integrado en su legislación procesal penal para menores-.

Con posterioridad, se ha propagado también en la Europa Continental⁵²².

En el plano europeo, la Justicia restaurativa se introdujo en el Reino Unido⁵²³, si bien fue Noruega el primer estado en todo el mundo en donde se aprobaron leyes específicas en mediación en 1991⁵²⁴. Es a finales de los años 90 cuando se produce una

⁵¹⁹ En Estados Unidos se ha implantado un modelo de justicia inicialmente alternativa y en la actualidad integrada en el mismo Poder judicial y en el que se ubica la mediación como método de solución extrajudicial de los conflictos, a través de la ADR, extendiéndose paralelamente a Canadá y a Gran Bretaña y Gales. Los países de corte continental, han venido acogiendo este modelo de mediación de forma escalonada. Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Víctimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 242.

⁵²⁰ Vid. BELTRÁN MONTOLIN, Ana, “*Epígrafe 2. Modelo de mediación en los Estados Unidos de América*...Ob.cit. pág. 64. Así también lo puso de manifiesto Howard Zehr en la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, celebrada en Bilbao los días 17, 18 y 19 de junio de 2010, bajo el título: “*Haciendo Justicia Restaurativa en Europa, las prácticas establecidas y programas innovadores*”. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*”, pág.8. www.justiciarestaurativa.org/news/ConclusionesdelaConferenciaBilbao.pdf/view.

⁵²¹ En Nueva Zelanda, se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí, que también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil.

⁵²² Para un estudio más detallado de la expansión y desarrollo de la mediación penal en los distintos países, se puede consultar VVAA (dirigido por BARONA VILAR, Silvia). *La Mediación Penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009; así como la página web www.justiciarestaurativa.org.

⁵²³ Aunque, tal como señala Pascual Rodríguez, la fecha de su nacimiento no se puede determinar con exactitud, siendo objeto de controversia entre la doctrina, de forma que hay quien la sitúa en 1977 mientras otros la ubican en 1980, e, incluso, 1984. Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2012, págs.104-105. Disponible en eprints.ucm.es/16592/1/t33979.pdf

⁵²⁴ La mediación penal se encuentra regulada en la Ley de Marzo de 1991 No. 3 sobre Mediación y Conciliación emitida por el Servicio de Mediación, también denominada “Ley de Consejos Municipales de

expansión a otros países, que inician sus experiencias con proyectos piloto y esencialmente en menores y, con el paso del tiempo, van extendiéndose a los procesos penales de adultos y afianzándose con la creación de infraestructuras y financiación de programas.

De esta forma, va implantándose en Gran Bretaña, Noruega, Francia -en donde, tras los primeros programas de mediación penal que se realizaron a principios de 1980, se desarrolla legalmente al amparo del Decreto de 10 de abril de 1996 que modificó el Código de Procedimiento Penal y excluyó a los Jueces y Fiscales del desarrollo por sí mismos de la función de mediación, fuera del ámbito de la ejecución de penas, de manera que éstos pueden ordenarla y encomendarla a otros, pero no ejecutarla por sí mismos; actualmente, existen asociaciones de carácter comunitario que llevan a cabo la mediación penal, y que trabajan acercando la justicia a los barrios-, Holanda, Bélgica -país en el que las experiencias iniciales se realizan en el año 1991; después del período experimental, la Ley de Mediación Penal, que data de 10 de febrero de 1994, regula un procedimiento de mediación penal que es aplicable a delitos con penas inferiores a dos años de prisión-, Alemania -donde se iniciaron hacia 1985 proyectos experimentales en materia de menores y se ha creado una Oficina de servicios de resolución de conflictos para la mediación víctima-delincuente con el apoyo del Ministerio Federal de Justicia y algunas otras autoridades-, Austria (en donde se encuentra totalmente asentada tanto en la justicia penal juvenil como en la de adultos desde finales de los 90), Bulgaria -en donde en el año 2004 se publicó la Ley de Mediación extendiendo su aplicación al ámbito penal- Ucrania, Italia, Portugal⁵²⁵ (en donde se ha regulado, más recientemente, a través de la Ley nº 21/2007 de 12 de Junio y su posterior reglamentación de 23 de enero del 2008, es decir, mediante una ley específica y concreta, en lugar de introducirla mediante una reforma del Código penal o del Código procesal penal), Dinamarca -en donde es requisito para iniciar un proceso de mediación penal que el agresor admita su crimen-. También Suecia, Islandia, Finlandia, Luxemburgo, Irlanda, Latvia Eslovenia, Estonia, Polonia, etc. tienen implantados servicios de mediación en materia penal.

Mediación de 1991. Los Consejos de mediación están ahora disponibles en todos los municipios y la mediación se encuentra disponible para jóvenes y adultos, y tanto para asuntos civiles como penales. *Vid. ERVO, LAURA: Epígrafe 4 "La conciliación en materia penal en los países escandinavos" en La Mediación Penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile). VVAA dirigido por BARONA VILAR, Silvia, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 125 a 180.*

⁵²⁵ Un análisis de la regulación legal de la mediación penal en Portugal lo encontramos en GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, "La mediación penal de adultos en Portugal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 12-2010.(ISSN 1695-0194).

La expansión de la mediación en Europa⁵²⁶ se ha producido siguiendo un proceso de implantación legal en los distintos países, de forma heterogénea en cuanto a su estructura organizativa, pudiendo distinguirse a estos efectos desde una organización institucionalizada (referida a la integración de la Mediación en el sistema penal, por ejemplo en la Fiscalía o en los servicios de “*probation*”⁵²⁷, como en Bélgica; o en una agencia dentro del sistema penal, como en Irlanda del Norte), hasta una organización autónoma, consistente en el desarrollo de programas por parte de ONGs externas, pasando por organizaciones mixtas, como el modelo nórdico, en el que el ente público detenta una facultad de control y supervisión y quien presta el servicio son voluntarios a nivel local (así, en Finlandia, Noruega).

Como puede apreciarse, los primeros Estados de la comunidad internacional que implantaron en sus sistemas legales procedimientos y programas de este tipo y en los que han tenido un desarrollo más extenso fueron aquellos de tradición jurídica anglosajona e influencia del *Common Law*, como Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Inglaterra o País de Gales. Ello es debido, entre otras razones, a que en estos ordenamientos rige el principio de oportunidad, que favorece un mayor margen de disposición por parte del órgano judicial y que permite dejar de aplicar la sanción que corresponda al hecho delictivo en determinados casos, por razones de utilidad o conveniencia para la comunidad, frente al modelo continental o europeo en el que se aplica con mayor rigor el principio de legalidad. Es, por tanto, fundamentalmente el muy distinto grado de eficacia que uno y otro modelo atribuyen al principio de legalidad o al principio de oportunidad, el detonante para el desarrollo de la mediación en el sistema jurídico penal de cada Estado⁵²⁸.

Barallat López⁵²⁹ afirma que esta diferenciación entre sistemas legales influenciados por el *Common Law* y sistemas continentales, en los que funcionan procedimientos de mediación penal, permite clasificar estos procedimientos en dos grupos:

a) Aquellos en los que el acuerdo obtenido en la mediación penal constituye una sanción punitiva autónoma y preferente a la sanción judicial, de forma que esta última solo

⁵²⁶ Hay más de 500 programas de mediación y de proyectos en Europa, y más de 300 en USA.

⁵²⁷ Estos servicios actúan como mediadores y supervisan el cumplimiento de lo acordado.

⁵²⁸ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., “*La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de la resolución del conflictos en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad viable en España?*”, Revista Penal, 2006, nº 18, pág. 59. Señala la autora que para la doctrina uno de los principales obstáculos en el desarrollo de la mediación en el ámbito penal es precisamente la muy distinta eficacia de los principios de legalidad y oportunidad.

⁵²⁹ Vid. BARALLAT LÓPEZ, Juan, “*La Mediación en el ámbito penal*” en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013, pág.6. ISSN 1696-6759.

entra en juego en caso de incumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación o de imposibilidad de llegar a tal acuerdo, y

b) Los sistemas que atribuyen a la reparación efectuada por el autor, en el marco de una mediación, efectos de atenuación o exoneración de la sanción penal impuesta por un Tribunal conforme a lo previsto en la legislación.

Por otra parte, en todos estos proyectos europeos la mediación se ha venido articulando mediante dos vías, dependiendo del momento procesal en que se aborda:

-Durante la fase instructora, el Ministerio Fiscal, con base en el principio de oportunidad, se abstiene de instar la continuación del procedimiento, decisión que, por el principio acusatorio, vincula al Juez. A título de ejemplo, en Bélgica la mediación, antes del juicio y la sentencia, viene favorecida por una expresa aplicación del principio de oportunidad a la mediación; la ley belga de 10 de febrero de 1994 contempla la facultad del Fiscal, en casos de delitos que pueden ser penados con penas de prisión inferior a los dos años, de acordar la suspensión y la extinción condicional de la acción penal, supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones, entre las que específicamente se prevén las de la reparación a favor de la víctima, acordada en un proceso de mediación.

-En la fase decisoria, la sentencia contempla una atenuación de la pena que hará factible la suspensión de su ejecución o la obtención de la libertad condicional.

En Latinoamérica⁵³⁰, en países como México⁵³¹ –en el que funcionan los Centros de Justicia Alternativa, dependientes del Poder Judicial, a los que llegan casos por vía de desviación judicial y por demanda social directa-, Argentina -que ha sido uno de los primeros países del ámbito latinoamericano en dar impulso a un Proyecto Piloto de Mediación Penal Juvenil y es uno de los países más prolíficos en el desarrollo de programas de mediación penal con delincuentes juveniles⁵³²- o Costa Rica, las experiencias y leyes sobre Mediación siguen el modelo establecido por Estados Unidos⁵³³;

⁵³⁰ Cámara Arroyo hace un breve pero interesante repaso sobre la implantación de la Justicia restaurativa en los sistemas de Justicia juvenil de América Latina, en CÁMARA ARROYO, Sergio, “*Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América latina*”. Revista Justicia Restaurativa (RJR) N° 1 -Octubre 2011, págs. 35-50.

⁵³¹ En algunos Estados federales de Méjico, los acuerdos que se alcanzan son presentados por el mediador al Director del Centro de mediación, para que, en su presencia, ratifiquen las partes su contenido y reconozcan las firmas. Los convenios así aprobados por el Director tendrán el valor de una prueba documental pública y carácter ejecutivo, traen aparejada ejecución. Si el acuerdo se incumple se podrá exigir el cumplimiento mediante procedimiento ejecutivo ante el Juez competente.

⁵³² Vid. CÁMARA ARROYO, Sergio, “*Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América latina*”. Revista Justicia Restaurativa (RJR) N° 1 -Octubre 2011, pág.37.

⁵³³ En Estados Unidos se implanta el modelo anglosajón basado en el principio de oportunidad de forma que incluso la mediación efectuada antes del juicio podrá conducir, en algunos casos, a la no formulación de cargos o aceptación de la culpabilidad por el acusado; por el contrario, los modelos continentales se fundamentan en el principio de legalidad, lo que hace que existan importantes diferencias entre uno y otro

aunque la mayoría de los sistemas legales de los países latinoamericanos, al haber heredado los esquemas del sistema jurídico español y portugués, responden a la tradición jurídica Continental. En general, prevén institutos de mediación multidisciplinar, siendo el orden penal uno más, en el que algunos admiten la Mediación más allá de los delitos perseguibles a instancia de parte, siempre que sean de escasa gravedad.

En Ecuador el acta de mediación tiene efecto de sentencia, y en consecuencia, tiene aparejada ejecución. También en Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia y Panamá el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta tiene fuerza ejecutiva.

En Colombia, la justicia restaurativa es reciente. Fue adoptada primero en el Código de Procedimiento Penal que se aprobó en el año 2005, luego aparece en la Ley de Infancia y Juventud de 2006. Se puede citar también la Ley 975 de 2005, denominada de Justicia y Paz⁵³⁴, hoy vigente, que dio marco al proceso de paz con los grupos paramilitares, y bajo cuyo auspicio se están llevando a cabo recientemente interesantes experiencias en el ámbito de la recuperación del infractor y de la reconciliación víctima-victimario que podrían enmarcarse dentro del ámbito de la justicia restaurativa⁵³⁵.

sistema. Una de las notas características del proceso penal anglosajón es que la investigación se desarrolla en una etapa preprocesal de naturaleza policial y no judicial. Otra diferencia consiste en que la condena se desdobra en dos momentos diferentes, con comparencias diferenciadas ante el Tribunal. Uno es el de la *conviction*, en el que se declara la responsabilidad del acusado por los hechos cometidos, y otro es el de la *sentence* o momento de la imposición de la pena a quien previamente ha sido declarado culpable. En ese momento procesal el Juez determina la pena, oídas las partes en una vista a tal efecto.

⁵³⁴ Promovida por el gobierno de Álvaro Uribe y aprobada por el Congreso en Julio de 2005, fue publicada en el Diario Oficial 45.980 (julio 25). En su artículo 1 concreta el objeto de la misma que no es otro que facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se trata de crear un marco jurídico para facilitar el proceso de desmovilización de paramilitares en Colombia, aunque eventualmente es utilizada en procesos de desmovilización de grupos guerrilleros. Es una Ley no exenta de críticas. Para algunos, esta norma representa un avance muy significativo en términos de justicia transicional; para otros, no ha representado más que compromisos incumplidos, pues no se ha reparado de manera satisfactoria a las víctimas, no se han adelantado procesos considerables de restitución de tierras, la escasa cuantía de las penas privativas de libertad impuestas a solo algunos paramilitares...Un amplio e interesante estudio de esta Ley en el ámbito de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano, lo hallamos en VVAA, *Justicia y seguridad para las víctimas del conflicto armado. Análisis con perspectiva de género*. Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la paz. IMP. Abril 2009. Disponible en www.mujeresporlapaz.org. Y sobre esta Ley en concreto y la Justicia restaurativa en Colombia, se puede consultar BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Edit. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja-Ecuador-. Noviembre 2010.

⁵³⁵ Por cuanto forman parte de programas de educación para la paz, la reconciliación y la convivencia pacífica, suponen la negociación de acuerdos sobre asuntos humanitarios, la prevención de la violencia y la resolución pacífica de conflictos. La experiencia más reciente llevada a cabo, en 2013, consiste en la creación de un espacio de convivencia -en un poblado cercano a Bogotá- entre víctimas y victimarios (ex combatientes desmovilizados y sin armas). Téngase en cuenta que, en el campo educativo, acercar(se) para conocerse o reconocerse y así poder superar los prejuicios y los estereotipos, constituye un principio básico de comunicación y relación humana. Lo importante es, como afirma Domingo de la Fuente, que la Justicia Restaurativa, favorece la eliminación de los estigmas, así se logra una mayor reinserción tanto de víctima como de infractor y no solo eso, sino que se consigue un mayor fortalecimiento de la comunidad, una comunidad menos recelosa y más madura. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, V. “¡Fuera estigmas y estereotipos!” Blog *La otra justicia*. 17 de Octubre de 2013, disponible en <http://www.cj-worldnews.com>.

En definitiva, en Latinoamérica en la actualidad se están desarrollando prometedoras iniciativas en el terreno de la justicia restaurativa. Sin embargo, a pesar de los grandes avances que se han realizado en el campo legislativo de muchos de estos países en esta materia, se puede apreciar una enorme brecha existente entre la norma escrita y su aplicación práctica.

Por lo que respecta a los países asiáticos, se adscriben a la tradición jurídica del Common Law, aunque algunos siguen la tradición del derecho continental, como Japón.

La mediación y, en general, las modalidades alternativas de resolución de conflictos son los mecanismos habituales para la resolución de las controversias en los países asiáticos antes de acudir a la jurisdicción de los tribunales. Sin embargo no hay experiencias significativas.

En China y Japón, la negociación, la mediación, el arbitraje y, en general, las modalidades extrajudiciales son caminos previos necesarios antes de acudir a los tribunales, pero solo en materia de disputas civiles y mercantiles.

En Indonesia, la Ley núm. 30/1999, de Arbitraje, exige que el tribunal, en primer lugar, intente que las partes alcancen un acuerdo amistoso. Esta misma Ley regula también la mediación y otras formas de resolución alternativa de conflictos.

En Sri Lanka, por ejemplo, la Ley de Arbitraje, que fue modificada en el año 1995, acoge la mediación previa.

En China se distingue entre la mediación administrativa –o institucional– llevada a cabo por una agencia estatal, y la mediación privada. En China cabe destacar la importante labor de la Comisión Internacional de Arbitraje económico internacional China (CIETAC), cuyo centro ofrece un arbitraje precedido por intentos de mediación. En Japón se halla establecida la mediación obligatoria en el seno de los procedimientos familiares, porque se considera que este ámbito no debe ser público, no debe llevarse a la confrontación a la que conduce un sistema inquisitorial o adversarial.

No obstante, hay que tener en cuenta que la mediación en estos países es más cercana al concepto occidental de conciliación, porque la intervención del mediador es más activa, el mediador en estos países puede, generalmente, ejercer el papel de árbitro si

Un ejemplo de la efectividad de este principio, lo hallamos en el campo de la música, en concreto, en la iniciativa del pianista y director de orquesta argentino de origen judío Daniel Barenboim quien, junto con el estudioso de la literatura palestina Edward Said, fundaron el Taller del West-Eastern Divan que reúne a jóvenes músicos de Israel y los países árabes todos los veranos para ensayar y tocar. En el verano de 2005, la orquesta presentó un concierto histórico en la ciudad de Ramallah, que se transmitió por televisión y se grabó en DVD. El objetivo del taller es permitir el diálogo entre las diversas culturas, en conflicto, de Oriente Medio y fomentar la experiencia de hacer música juntos. En 2002, Barenboim y Said recibieron el Premio Príncipe de Asturias en la ciudad de Oviedo por sus esfuerzos en pro de la paz.

las partes no llegan a un acuerdo. Lo mismo ocurre en Malasia, donde el mediador adopta un papel activo e, incluso, ofrece a las partes un juicio.

En Asia, algunas prácticas tradicionales tienen semejanzas significativas con la justicia restaurativa. El interés en la justicia restaurativa se ha centrado particularmente en justicia juvenil, en regularizar las prácticas indígenas en el contexto general del sistema de Justicia Penal y en el establecimiento de la paz y la reconciliación en las sociedades divididas. Se realizan prácticas de justicia restaurativa en el ámbito juvenil, especialmente conferencias, que están básicamente encaminadas a desviar los delincuentes juveniles de los procesos de la Justicia Penal.

En África, existen también numerosas tradiciones de justicia restaurativa indígena. En este continente, la justicia restaurativa se ha destacado por la recuperación de las prácticas indígenas de justicia, el uso de servicios a la comunidad -incorporando la mediación y otros procesos de restauración- para hacer frente al hacinamiento crónico en las cárceles, y los esfuerzos en la reconciliación nacional a raíz del genocidio, la guerra civil y la violencia ejercida por algunos Estados. Se ha centrado en la reparación del daño causado a la comunidad por el delincuente, y viene a complementar y, en algunos casos, sustituir los sistemas de justicia penal ordinarios. La transición de Sudáfrica del gobierno del apartheid, la respuesta de Ruanda, el genocidio, y los esfuerzos de otros países para construir la paz después de la guerra civil han ofrecido ideas y programas de restauración.

Como resumen, se pueden apreciar una serie de similitudes a todos los programas y proyectos de mediación penal instaurados hasta el momento⁵³⁶:

-En sus inicios se desarrollan principalmente con proyectos piloto en el contexto de la justicia de menores.

-Estas mediaciones penales suelen ser complementarias a la justicia penal, pero en ocasiones resultan alternativas, como en el caso de Noruega. Los acuerdos persiguen que el agresor presente disculpas a la víctima y que se adopten medidas para la restauración psicológica y económica de la víctima.

-En cuanto a su ámbito delictivo, en su origen se aplican como respuesta a delitos de poca gravedad, aunque de modo progresivo se han expandido a la justicia penal de adultos y más allá del ámbito de los delitos de bagatela, aunque su aplicación no es homogénea en todos los Estados, de forma que hay países donde el desarrollo de la justicia restaurativa permite su aplicación a casos de delitos graves, como Canadá, EEUU, Gran

⁵³⁶ En su mayoría indicadas por Barona Vilar. Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, en *Víctimas olvidadas...ob.cit.* págs. 229-254.

Bretaña, Francia, Alemania⁵³⁷, y otros se inclinan por los delitos menos graves, como Colombia, donde la justicia restaurativa solamente puede aplicarse a los denominados delitos querellables o delitos menores⁵³⁸. En algunos países, como Bosnia y Herzegovina, la mediación penal se limita a la reclamación de los daños derivados del delito.

-En su mayoría, nacen arropados por el voluntariado y son poco a poco financiados por gobiernos nacionales, federales, etc.

-El procedimiento de mediación puede darse en las distintas fases del proceso penal (antes, durante y después del proceso).

-Se admiten diversas clases de mediación: directa e indirecta. La primera es aquella en la que las partes coinciden físicamente en el mismo espacio; es la más eficaz para alcanzar el acuerdo. La mediación indirecta es aquella en la que las dos partes, víctima y victimario, no coinciden físicamente en el mismo espacio, durante la negociación no se produce el encuentro cara a cara sino que es el mediador el que, usando una técnica distinta, hace de vehículo de transmisión de información entre una y otra parte⁵³⁹.

-Se distingue una regulación doble: por un lado, con modificaciones penales y procesales penales (Alemania y Austria), y, por otra, con regulación de mediación independiente (procedimiento, estatuto del mediador).

-Los mediadores no son jueces sino, en general, servicios de mediación que van integrándose en la Administración de Justicia.

-En algunos países se hace referencia a la posible iniciación de la mediación a instancia de parte, aunque la mayoría de los Estados se decanta por la opción de que la derivación del caso a mediación sea decisión del fiscal o juez, en atención a las circunstancias. En general en Europa, la derivación de asuntos se hace primordialmente por la Fiscalía.

-Existe bastante uniformidad en reglas del procedimiento.

⁵³⁷ En este país, por ejemplo, la mayor parte de los asuntos resueltos a través de la mediación penal corresponde a lesiones corporales y crímenes violentos, siguiendo, a continuación, los casos de robo, fraude y daños a la propiedad.

⁵³⁸ Entendiendo por tales, todos los relacionados con violencia familiar, o casos de lesiones personales que causen incapacidad hasta por 60 días, etc

⁵³⁹ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., “Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, VVAA, dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. Vol. 136, Madrid 2007, págs. 170-171.

VI. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA.

Tal como señala Silvia Barona⁵⁴⁰, la situación de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico es altamente inferior a la de otros sistemas jurídicos, en los que la experiencia y consagración de la mediación penal es una realidad indiscutible.

Si bien ya se han introducido en España los métodos alternativos de solución de conflictos y, en concreto, la mediación, produciéndose, incluso, algunos pequeños avances, lo cierto es que su ámbito, hasta el momento, se reduce a cuestiones civiles, mercantiles, laborales y familiares, estándole aún prácticamente vedado el ámbito penal.

En España, la mediación penal comenzó su andadura a finales de los años noventa en diversas comunidades autónomas y desde diferentes organismos. Entre las experiencias llevadas a cabo destaca principalmente la de Cataluña y la del País Vasco.

Dado que su entrada a nuestro país vino de la mano de órganos como el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía y otros organismos de las Comunidades Autónomas, haremos, en primer lugar, un breve repaso de la influencia y empuje que cada uno de ellos ha tenido -y tiene- en la implementación de la mediación penal en España, pasando posteriormente a analizar su regulación legal.

1. LA MEDIACIÓN PENAL EN LA PRÁCTICA.

⁵⁴⁰ Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, en *Victimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Págs. 241. En el mismo sentido se pronuncia TAMARIT SUMALLA en “*Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, y marco teórico*” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, pág. 55.

En España, si bien no existe aún una legislación al respecto⁵⁴¹, la Mediación Penal se va abriendo paso *de facto* a través de diversos estudios y programas de mediación que se han puesto en práctica por distintos organismos.

1.1. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

El Consejo General del Poder Judicial muestra especial interés en el desarrollo e implementación de la mediación en todos los ordenes jurisdiccionales.

Para impulsar los procesos de mediación en todas las jurisdicciones, desarrolla una intensa actividad; se celebran diversos seminarios y jornadas, se mantienen numerosas reuniones para la formalización de convenios, protocolos y colaboraciones con organismos e instituciones públicas (comunidades autónomas, colegios de abogados, ayuntamientos, Universidades), etc.

También, como prueba de ello, crea expresamente, en 2009, la *Vocalía Delegada para impulso y coordinación de la mediación*, que actúa con el apoyo técnico del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial. Y como complemento al trabajo de estas dos instituciones, desde mediados de 2010, el Servicio de Inspección del CGPJ viene desarrollando labores de seguimiento e impulso de la mediación intrajudicial.

Las actividades más significativas desarrolladas por la Vocalía en esta materia son:

-Tareas de “mantenimiento” de los datos estadísticos⁵⁴².

⁵⁴¹ No ocurre lo mismo en otros ámbitos jurídicos. Así, a nivel estatal, como normas pioneras, encontramos, en primer lugar, el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Hasta la aprobación de este Real Decreto-ley se carecía en España de una ordenación general de mediación, siendo ésta solo aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles. Posteriormente, se publica la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Ambas leyes excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a la Mediación Penal (art.2), junto a la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Con anterioridad a aquella fecha, fueron algunas Comunidades Autónomas, encabezadas por Cataluña, las que iniciaron legalmente la puesta en marcha de la mediación, aunque referida siempre al ámbito de la mediación familiar. Actualmente existen 13 Comunidades Autónomas del Estado Español que han aprobado y publicado sus respectivas leyes de Mediación Familiar, que, por orden de aparición, son: Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña; Ley 4/2001 de 31 de mayo, Reguladora de Mediación Familiar en Galicia; Ley 7/2001 de 26 de noviembre, Reguladora de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana; Ley Canaria 15/2003, de 8 de abril de Mediación Familiar, reformada por la Ley 3/2005 de 23 de junio; Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación familiar de Castilla y León; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla - La Mancha; Ley 14/ 2010, de 09 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares que deroga la anterior Ley de la Comunidad de las Islas Baleares 18/ 2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar; Ley del Principado de Asturias, 3/ 2007 de 23 de mayo; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, 1/ 2007, de 21 de febrero; Ley de Mediación Familiar del País Vasco, 1/ 2008, de 8 de febrero; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón; Ley 1/ 2011, de 28 de marzo, de Mediación Familiar Cantabria.

⁵⁴² El último análisis estadístico llevado a cabo pone de manifiesto el aumento, en el año 2012, de los casos que se han derivado a mediación penal, así como el incremento en el porcentaje, un 75'19%, de mediaciones

- Seguimiento del estado de los diferentes proyectos en marcha.
- Coordinación de la información referente a la mediación intrajudicial en todo el territorio y jurisdicciones.
- Desarrollo, formalización y seguimiento de los distintos Convenios celebrados con otros organismos en esta materia⁵⁴³.

Los compromisos asumidos por el Consejo al aprobar la creación de esta Vocalía son⁵⁴⁴:

1-Fomentar y estimular el impulso de la mediación, contribuyendo a crear una “cultura de la mediación” que proporcione a los Jueces herramientas para la resolución de conflictos en el ejercicio de la labor jurisdiccional.

2-Analizar de forma periódica la actividad que hace cada órgano judicial del resultado de la experiencia⁵⁴⁵.

El Consejo General del Poder Judicial, para afianzar su apuesta por la potenciación de la mediación como método más adecuado para la solución de determinados conflictos, patrocina desde Noviembre de 2005 un programa piloto de mediación penal al que se han adscrito un gran número de Juzgados de Instrucción y de lo Penal⁵⁴⁶, labor que se desarrolla a través del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ; así como desde la Vocalía para la Mediación, que está llevando a cabo un intenso trabajo en colaboración con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas para la puesta en funcionamiento de instituciones de Mediación intrajudicial.

Este Proyecto, “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal: análisis y valoración de las experiencias de Mediación Penal en la jurisdicción de adultos*”, promovido por el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del Consejo General del

efectuadas que llegan a acuerdo, poniendo de relieve que la causa de ello se debe, sobre todo, a que la víctima se siente resarcida y a la responsabilización del infractor de cara a una posible reincidencia. *Vid.* Memoria del CGPJ de 2013, pág.273.

⁵⁴³ Entre los últimos celebrados, destaca el convenio de colaboración suscrito en fecha 18 de febrero de 2013 por el CGPJ con el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España (GEMME) al objeto de desarrollar e impulsar la mediación en España. El convenio persigue agrupar a los operadores jurídicos para mejorar y desarrollar la metodología de la mediación, así como para fomentar la cultura del diálogo en la resolución de conflictos y los mecanismos de autocomposición en la administración de justicia, para reservar el proceso contencioso a aquellos litigios en los que resulte necesaria una decisión de autoridad.

⁵⁴⁴ Dato extraído de la información que proporciona la página web del CGPJ sobre mediación.

⁵⁴⁵ Para ello, estudia datos de los casos derivados a mediación, asuntos concluidos con acuerdo reparatorio, tipos de infracciones, etcétera. Esta información se documenta y se trata estadísticamente para centralizar la coordinación de la actividad y utilizar el material para la reflexión, estudio y análisis de optimización de tiempos de respuesta en estos mecanismos alternativos a la solución de conflictos.

⁵⁴⁶ Participan en este programa piloto Juzgados de Alicante (Sección 1ª de la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal nº 2), Álava, Barcelona, Vizcaya, Burgos, Cádiz (Juzgado de lo Penal nº 3), Guipúzcoa, Girona, Huelva (Juzgado de lo Penal nº 2), Jaén (Juzgados de lo Penal nº 1 y 2), La Rioja, Lleida, Madrid, Málaga (Juzgados de Instrucción nº 7, 13 y 14, Juzgados de lo Penal 7, 8 y 10), Navarra, Palencia, Tarragona, Valencia, Valladolid y Zaragoza, a los que, poco a poco, se van uniendo otros Juzgados.

Poder Judicial y consolidado en el año 2007, se ha ido expandiendo a todas las Comunidades Autónomas. El número de Juzgados desde los que se derivan las causas a un procedimiento de mediación penal ha ido progresivamente en aumento. Estos actúan con la colaboración de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos, que es la encargada de coordinar todos los equipos de Mediación en los diferentes Juzgados que trabajan voluntariamente, con la colaboración de Fiscales y con la existencia en cada provincia de servicios de Mediación estables.

Para una mejor coordinación y desarrollo del Proyecto y la puesta en marcha de la experiencia piloto, se elaboraron, previamente, unos protocolos de actuación y una Memoria, que sirven de base a fin de poder desarrollar en la práctica la mediación penal de adultos en España ya que carece de un marco legal específico sobre la materia⁵⁴⁷.

Ya el *Libro Blanco de la Justicia*, aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 8 de Septiembre de 1997, hacía hincapié en la necesidad de mantener y potenciar los mecanismos de transacción, mediación y arbitraje dentro y fuera del proceso. A tal fin, el documento “*consideraba una asignatura pendiente cuya aprobación no es posible retrasar*” la formación de todos los que intervienen en el proceso –no sólo los jueces, sino también los abogados– en las técnicas de mediación, resaltando que éstas eran “*tan conocidas en otros sectores como ignotas para los profesionales de la justicia*”.

No obstante, la incentivación de estas medidas parece responder al único fin de limitar el número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, ignorando, por tanto, el verdadero cometido de la mediación⁵⁴⁸.

Por su parte, el “*Plan de Modernización de la Justicia*”, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 12 Noviembre de 2008, contemplaba como medida de actuación, y dentro del necesario impulso de las reformas procesales, el establecimiento de la Mediación Civil y Penal como mecanismo de resolución de conflictos⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Los protocolos de actuación en la mediación penal de adultos se recogen en las conclusiones del Curso de Formación del Consejo General del Poder Judicial celebrado del 1 al 3 de octubre del 2007 en Madrid: RÍOS MARTÍN, J, y OLAVARRIA IGLESIA, T “*Conclusiones del Curso La mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre Alternativas a la judicialización de los conflictos*” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. VVAA dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C, CGPJ. Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 136-2007, págs. 276 a 302, y en RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*...ob.cit. págs 153-173.

⁵⁴⁸ Así lo demuestra no solo el hecho de que alude continuamente a que la mediación agilizaría la administración de justicia, sino también el hecho de que, propone, con relación a la reforma de la Justicia de Menores, que el nuevo texto legal considere el establecimiento de mecanismos de mediación obligatoria previos al acceso a la jurisdicción. *Vid. Libro Blanco de la Justicia*. CGPJ 1998.

⁵⁴⁹ Disponible en www.poderjudicial.es, al igual que los demás documentos del CGPJ a los que se hace referencia.

También hace referencia el CGPJ a la Mediación en la “*Hoja de Ruta para la modernización de la Justicia*” de Noviembre de 2009, en cuyo apartado 6, al recoger el impulso de la reformas orgánicas y procesales, hace mención especial a la Mediación Penal y Civil “como instrumento eficaz en la resolución de conflictos por dos razones: 1) la Mediación es positiva para las partes, quienes son los protagonistas de la resolución del conflicto, asumiendo libremente el acuerdo y facilitando el futuro cumplimiento voluntario de sus términos; y supone la obtención de una solución más rápida y ágil del conflicto. 2) La Mediación es positiva para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, con el consiguiente ahorro de los enormes costes que siempre genera un proceso judicial”⁵⁵⁰.

El CGPJ continúa promocionando la Mediación en su “*Informe sobre las principales actuaciones desarrolladas en ejecución del Plan de Modernización de la Justicia*”, elaborado en fecha 9 de Febrero de 2010 y, posteriormente, vuelve, en su informe de 2011, a impulsar la Mediación Civil y Penal como instrumento eficaz de resolución de conflictos.

Igualmente, el Pleno del CGPJ, en sesión de 28 de Junio de 2012, aprobó el informe sobre “*Propuestas para la reducción de litigiosidad*”⁵⁵¹, en el que se realiza un estudio de los medios de resolución alternativa de conflictos, incluida la mediación. En él, el CGPJ apoya decididamente fomentar y redoblar los esfuerzos por implantar en España una cultura de resolución de conflictos fundada sobre tres pilares básicos: la mediación, el arbitraje y la conciliación. Tras apostar por la mediación, concluye que, ha de seguirse una *política de concienciación*, tanto del público como de los operadores jurídicos, en el uso de estos medios, que debe ser fomentado desde las instancias públicas, creando condiciones legislativas adecuadas y dotando de medios económicos suficientes.

Aunque el CGPJ aconseja, finalmente, no configurar la mediación como un requisito obligatorio –al menos en el ámbito de la Justicia de adultos-, impuesto por la ley para emprender una acción judicial, sí considera que es un medio alternativo idóneo de solución de conflictos.

Más recientemente, en la Memoria del CGPJ 2012, aprobada por el Pleno el día 23 de Julio, se deja constancia de la conclusión alcanzada en las Jornadas celebradas en

⁵⁵⁰ Cfr. “*Hoja de Ruta para la Modernización de la Justicia*,” aptdo 6. Consultar en www.poderjudicial.es.

⁵⁵¹ A propuesta de los Vocales integrantes del Grupo de Trabajo sobre reducción de la litigiosidad. Se trata de un documento en el que se recoge un compendio preciso y detallado de las cuestiones relativas a la litigiosidad judicial; analiza una serie de medidas que tienden a hacer innecesario acudir a los Tribunales, disminuyendo así el número de asuntos litigiosos que precisen la intervención de un juez.

Pamplona del 17 al 20 de Octubre de 2011⁵⁵² y en la que, básicamente, se redunda en la necesidad de promoverse el uso de medios alternativos de solución de conflictos, esencialmente, la mediación y el arbitraje⁵⁵³.

Por último, la Memoria del CGPJ de 2013 vuelve a reiterar la necesidad de promover la aplicación de la mediación⁵⁵⁴.

1.2. LA FISCALÍA.

La Fiscalía se muestra, igualmente, partidaria de la Mediación Penal y viene participando en los diversos programas que se desarrollan para su estudio e implementación.

Para desplegar toda esta actividad, las distintas Fiscalías de cada Comunidad, al igual que el Consejo General del Poder Judicial, actúan en colaboración con las Comunidades Autónomas, otros organismos y Asociaciones, con los que, ante la carencia de regulación legal, viene suscribiendo Protocolos o Convenios para fomentar el mecanismo de mediación y regular las pautas de su aplicación.

Esta situación, si bien es cierto que está ayudando a impulsar y desarrollar la mediación en España, lo cierto es que también provoca que la implantación de la mediación sea desigual y no se aplica en todas las Fiscalías del territorio nacional⁵⁵⁵; incluso en éstas, la valoración sobre su eficacia es dispar. Así, mientras algunas consideran que la mediación presenta escasa eficacia, otras, por el contrario, la valoran positivamente al considerar que reduce la litigiosidad, concilia a las partes y da satisfacción a la víctima de forma menos traumática, evitando la doble victimización que supone someterse al procedimiento penal.

A título de ejemplo, citando a las pioneras en este tipo de actividades, la Fiscalía Provincial de Burgos, desde mayo de 2007, participa en un proyecto de colaboración con la Asociación AMEPAX (Asociación para la Mediación y Pacificación de Conflictos).

La Fiscalía de Valladolid ha colaborado también en una experiencia piloto en esta materia.

⁵⁵² Estas Jornadas se celebran con una periodicidad anual y a ellas asisten todos los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. Las conclusiones están disponibles en la página web del Consejo General del Poder Judicial, ya citada.

⁵⁵³ *Vid.* Memoria del CGPJ de 2012, pág. 260.

⁵⁵⁴ Esta vez, sin olvidar la mediación en otros ámbitos, se interesa especialmente por incentivar la mediación en el proceso contencioso-administrativo. *Vid.* Memoria del CGPJ de 2013, pág. 247, entre otras.

⁵⁵⁵ Actualmente se sigue en diecisiete Fiscalías.

Las Fiscalías Provinciales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa colaboran, desde 2008, con el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, desplegando una importante actividad en mediación.

La Fiscalía Provincial de Orense, por su parte, ha colaborado, durante el año 2008, en un programa de mediación con las víctimas en el ámbito del Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar. Si bien este programa nace con el objetivo de trabajar en la línea de la reinserción social a través de los programas de intervención, se resalta que lo importante e innovador de esta experiencia es, como se dice en la Memoria de 2009⁵⁵⁶, es el reconocimiento de la víctima, es decir, se pretende reparar el daño moral causado, que la víctima se sienta reconocida y transmitir a la sociedad la credibilidad de la reinserción social⁵⁵⁷. La Fiscalía ha suscrito otros convenios de colaboración con la Junta de Galicia en 18 de Agosto de 2010, posteriormente otro con el Colegio de Psicólogos y el de Abogados, en fecha de 23 de Enero de 2009 y, el más reciente, firmado en fecha 23 de Julio de 2013, con el Colegio de Abogados, la Junta de Galicia y el Consejo General del Poder Judicial para la implantación de programas experimentales de mediación intrajudicial penal.

En fecha más próxima, 19 de Diciembre de 2012, se firmó el Convenio de Colaboración interinstitucional entre el Ministerio Fiscal, el Gobierno de Aragón, el Consejo General del Poder Judicial, y la Asociación *¿Hablamos?*, especializada en justicia restaurativa, destinado a la promoción y estudio de la mediación penal como vía complementaria de solución de conflictos. El objeto del documento es establecer un marco de colaboración entre los organismos firmantes para la regulación, desarrollo y funcionamiento de un programa piloto de mediación intrajudicial en materia penal en el territorio de Aragón.

Ya en la Memoria de 2007⁵⁵⁸, la Fiscalía General del Estado (FGE) destaca la labor que en este sentido venían realizando algunas Fiscalías, a las que, poco a poco, se les han ido uniendo más.

En la Memoria de 2008⁵⁵⁹ se pone de relieve la trascendencia que, precisamente, desde la perspectiva de protección a las víctimas, tiene la mediación.

⁵⁵⁶ Vid. Memoria FGE de 2009, pág. 883.

⁵⁵⁷ Para ello, se diseña un programa de mediación con las víctimas en el cual el interno puede pedir perdón a la persona a la que ha inferido daño.

⁵⁵⁸ Vid. Memoria FGE de 2007, pág. 548. Disponible en www.fiscal.es, al igual que los demás documentos de la FGE que se citan.

⁵⁵⁹ Vid. Memoria de la FGE de 2008, pág. 779. De hecho, en todas las Memorias de la FGE se hace mención a la mediación en el apartado referente a “*Protección de víctimas*”.

La Memoria de 2009⁵⁶⁰ recuerda que, pese a la obligación que le impone la Unión Europea en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001, la mediación sigue siendo una asignatura pendiente en el ordenamiento jurídico español.

En este documento, la Fiscalía vuelve a hacer hincapié en que la finalidad de la mediación no debe ser otra que alcanzar una fórmula reparadora, teniendo siempre, como horizonte, la función reeducadora y reinsertadora de las penas privativas de libertad y *una efectiva protección y reparación a la víctima*. Se contempla la mediación penal, no como una vía alternativa al proceso penal, sino como un cauce complementario que se incardina dentro del proceso penal.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010 aboga por su regulación recordando, nuevamente, al legislador la obligación que le impone la Unión Europea en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001⁵⁶¹, e indica que, *“instituciones como la mediación, pueden lograr una eficaz reparación del daño al tiempo que favorecer la reinserción del infractor”*⁵⁶².

La Fiscalía, a propuesta del fiscal de sala coordinador de Seguridad Vial, Bartolomé Vargas, aboga, en esta Memoria, por introducir la figura de la mediación previa a la celebración del juicio oral para los casos de accidentes de tráfico, causados por acciones u omisiones de carácter leve que hayan provocado el fallecimiento o lesiones graves a la víctima, de manera que, voluntariamente, tanto el causante como la víctima o sus familiares puedan hablar y llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero imparcial. Para la Fiscalía, la mediación ofrecería a las partes en caso de accidente de tráfico *“una respuesta más humana [...]En definitiva, se trata, de dar entrada a las víctimas, de escucharlas, de permitir al victimario mostrar su arrepentimiento y ofrecer sus disculpas”*.

La Memoria de 2012 deja clara la posición de la Fiscalía⁵⁶³ ante la mediación al reiterar que ha de estar articulada en el seno del proceso judicial, mediante la derivación del asunto a un equipo independiente de mediadores, compuesto por profesionales con preparación específica en la materia; mientras el equipo de mediación actúe, el procedimiento penal quedaría en suspenso a la espera del resultado de dicha mediación. Su implantación no se plantea como un instrumento para disminuir la respuesta penal

⁵⁶⁰ Vid. Memoria de la FGE de 2009, pág. 882.

⁵⁶¹ Memoria de la FGE de 2010, aptdo “Propuestas de Reformas Procesales Penales”, pág. 1253. Disponible en www.fiscal.es.

⁵⁶² Memoria de la FGE de 2010, aptdo “Protección y Tutela de las víctimas en el Proceso Penal”, cit., pág. 1047.

⁵⁶³ Vid. Memoria de FGE de 2012, pág. 24.

protectora de los bienes jurídicos más relevantes sino para reforzar los fines de prevención, reinserción y evitación de nuevos delitos. Vuelve a señalar que lo importante es que la víctima se sienta parte activa y escuchada en el proceso de resolución del conflicto y que obtenga una reparación no sólo económica del daño sufrido, sino también moral, de modo que se alcance una verdadera conciliación.

Como puede comprobarse, la Fiscalía no centra la atención en la mediación como un medio de agilizar la administración de justicia y descongestionar los Juzgados, sino que ve en ella un medio de hacer justicia con la finalidad de efectiva protección a las víctimas y de reinserción del infractor.

La Fiscalía se muestra partidaria en este documento⁵⁶⁴ por la implantación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español⁵⁶⁵ y considera que ha llegado el momento de impulsar a nivel nacional un protocolo a través del que se generalice la mediación en todos los órganos judiciales penales para una determinada categoría de delitos.

Por último, la Memoria de la FGE de 2013, tras declarar⁵⁶⁶ que la mediación contribuye a la lucha contra la criminalidad, facilitando la rehabilitación y reinserción social del delincuente y proporcionando a la víctima una reparación del mal causado, devolviéndole el protagonismo que debe tener en la resolución del conflicto generado a consecuencia del delito, reclama⁵⁶⁷ nuevamente, la instauración de la mediación penal, considerando que es una necesidad ineludible, no solo impuesta por obligaciones internacionales -exigida por la Decisión Marco de 2001 y, actualmente, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, que sustituye a la citada Decisión Marco-, sino también “sentida y reclamada por la práctica, en la que se han llevado a cabo ya experiencias alentadoras y fructíferas”.

Por otro lado, en el año 2007 se constituye la sección española de GEMME⁵⁶⁸, integrada por jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, mediadores y personas relacionadas con el ámbito de la mediación. Se trata de una sociedad europea creada en Francia en el año 2004, cuya finalidad es promover desde los Tribunales de Justicia los sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la Mediación⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ *Vid.* Memoria de FGE de 2012, pág. 895.

⁵⁶⁵ Concretamente, señala, en el contexto de la delincuencia vial, que es uno de los proyectos que el Fiscal de Sala está impulsando.

⁵⁶⁶ *Vid.* Memoria de la FGE de 2013, pág. 703.

⁵⁶⁷ *Vid.* Memoria de la FGE de 2013, pág. 537.

⁵⁶⁸ Significa “Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación”. Su página web es: www.gemme.eu.

⁵⁶⁹ Su impulsor y primer presidente fue el presidente de la Court de Cassation francesa Guy Canivet. GEMME reúne a 450 jueces, en veinte países de la Unión Europea y es reconocido como un interlocutor de

1.3. IMPLEMENTACIÓN EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS⁵⁷⁰.

La implementación de la Mediación Penal en España comenzó su andadura de la mano de las Comunidades Autónomas. En concreto, fue Cataluña la que -como se verá-, siguiendo las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 87/20), *sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, y otras recomendaciones de organismos internacionales, diseñó, en territorio español, el primer programa de mediación penal, si bien circunscrito al ámbito de la Justicia Juvenil.

Cataluña se considera, además, pionera en la aplicación *de facto* de la Mediación penal, con permanencia en el tiempo, en el ámbito de adultos en España⁵⁷¹, ya que, aunque cronológicamente la pionera es la Comunidad Valenciana, que comenzó con la primera experiencia en la Justicia de adultos en 1993⁵⁷², es la Comunidad Catalana en la que se desarrolla de forma continuada desde 1998.

En otras comunidades autónomas de España también se han realizado diversas investigaciones y estudios sobre programas de mediación penal, principalmente en el País Vasco, La Rioja y la Comunidad Autónoma de Madrid.

Puede afirmarse que es en Cataluña y en el País Vasco donde la Mediación Penal de adultos se ha consolidado con mayor fuerza que en el resto de España.

las autoridades europeas (que tiene la condición de observador en el Consejo de Europa). Hoy existen secciones en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, España y Suiza. Existen miembros asociados de Gran Bretaña, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Rumania.

⁵⁷⁰ Debido a la amplitud del tema y a que no es la cuestión central de esta tesis, aquí nos vamos a referir a las Comunidades Autónomas que han tenido una mayor incidencia en la implementación de la mediación penal, haciendo tan solo una breve alusión a la incipiente aparición en alguna otra Comunidad Autónoma. Un estudio general sobre la experiencia en todo el territorio nacional hasta el año 2011, lo encontramos en SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, *“La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 1998-2011”* en Cuadernos penales Jose María Lidón, nº 8. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, págs 127-190; y otros, de fecha anterior, en GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, *“Experiencias de MP de adultos en España”*. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza. Vol.IV, nº 3, Sept-Dic 2010 y BARONA VILAR, Silvia. *“Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa”*. Revista de Derecho Penal, núm. 26, 2009, págs 11-53, que recoge un listado de las experiencias más importantes de mediación penal que se han dado en España hasta el año 2009. Para consultar la situación de la mediación penal en cada una de las CCAA de forma más detallada, se citará alguna obra y/o página web al tratar cada una de ellas.

⁵⁷¹ Vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, *“Experiencias de MP de adultos en España”*. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza. Vol.IV, nº 3, Sept-Dic 2010, pág. 153, y en el mismo sentido, MARTÍNEZ SOTO, Tamara, *“Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”*. Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 1, 2011, pág. 15.

⁵⁷² Vid. GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, *“La víctima en la Mediación. 1ª experiencia de adultos en España”*. Revista Poder Judicial nº 39. Septiembre 1995, pág.106.

Uno de los factores que ha contribuido a facilitar su desarrollo en estas dos Comunidades Autónomas, tal como señala García Cervigón⁵⁷³, es que en ambas se encuentran transferidas algunas competencias en materia de Administración de Justicia y en materia de ejecución penitenciaria, puesto que han sido, concretamente, algunas instituciones catalanas y vascas las que, casi desde sus inicios, han impulsado la mediación penal, si bien bajo el seguimiento del Servicio de Planificación y Análisis de las Actividades Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

1.3.a) Cataluña

En Mayo de 1990 se comenzó por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña el Programa de Mediación-Reparación en justicia juvenil⁵⁷⁴.

Como ponen de manifiesto José Dapena y Jaime Martín⁵⁷⁵, el desarrollo de este programa, en su inicio, se veía limitado por la legislación de menores vigente en ese momento (Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948), pero su aplicación fue posible debido a la amplia discrecionalidad que permitía esta legislación, la referencia de las recomendaciones internacionales y el consenso entre los jueces de menores y el Equipo de mediación.

Posteriormente, la publicación de la Ley Orgánica 4/92, de 5 de Junio, reguladora de las competencias y el procedimiento de los juzgados de menores, proporcionó una base legal sólida a los programas de mediación y reparación.

El programa, indican los citados autores, se inscribe en un proceso de transición entre el modelo residual protector y correccionalista, basado en los principios del positivismo, y la apuesta por un modelo de justicia de menores garantista y responsabilizador, que potencia el principio de intervención judicial mínima y la desjudicialización. Con él se propone impulsar el diálogo y la participación del autor y la

⁵⁷³ Vid. pág.153. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, “Experiencias de MP de adultos en España”. Revista di Criminología, Vittimologia e Sicurezza. Vol.IV, nº 3, Sept-Dic 2010.

⁵⁷⁴ Para un estudio más detallado de este programa de mediación en el ámbito de la Justicia Juvenil, desde su inicio hasta 1998, puede consultarse, entre otros, DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “La Mediación Penal juvenil en Cataluña”. Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil. Departamento de Justicia. Revista Restorative Justice Online. Barcelona 1998. Disponible en www.restorativejustice.org, o SARRADO SOLDEVILA, Juan José, *Análisis de los resultados de los programas de mediación en ámbito de la justicia penal juvenil catalana* Edit. Bellaterra, Barcelona, 1999. Sobre la evolución y situación actual de la mediación penal en la Justicia Juvenil en Cataluña, véase el *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. (dir. Pompeu Casanova, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba). Generalitat de Cataluña. Departamento de Justicia. 2011, pág. 651 y siguientes. Consúltese, también, esta obra para un estudio más detallado de la mediación penal en el ámbito de la Justicia de adultos, e, igualmente, la página web www.gencat.cat.

⁵⁷⁵ Vid. DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “La Mediación Penal juvenil en Cataluña..ob.cit. pág.10.

víctima en la resolución del conflicto, sin perder el control del Ministerio Fiscal y de la instancia judicial sobre los derechos y garantías de la partes.

Lo cierto es que este *Proyecto de conciliación-reparación a la víctima y los servicios en beneficio de la comunidad*, propició la introducción de un nuevo modelo de justicia de menores en Cataluña.

Es preciso señalar que, en sus inicios, la experiencia se concibió y desarrolló en Cataluña desde una posición orientada hacia la figura del menor infractor, a procurar su educación y con el objetivo de conseguir promover procesos positivos de socialización. La víctima, aunque fue considerada formal y materialmente por primera vez como un actor más dentro del contexto de la justicia de menores, continuaba siendo una gran incógnita y, en cierta manera, una abstracción, dado que, en la jurisdicción de menores, las víctimas por definición estaban absolutamente apartadas, sin ningún derecho a ser informadas y sin posibilidad de ser representadas en los actos judiciales⁵⁷⁶.

En Noviembre de 1998, con motivo de extender a la población adulta la positiva experiencia de mediación que se estaba llevando a cabo con menores, se inició una experiencia piloto, del Programa de Mediación y Reparación Penal, en el ámbito de la justicia penal de adultos, que fue pionera dentro del Estado español, consolidándose con la creación permanente del Servicio de Mediación Penal. En el año 2000 se realizó la primera experiencia municipal, en el municipio de San Adriá de Besós, impulsada por la Diputación Provincial de Barcelona.

Tanto en el ámbito de la jurisdicción penal de menores como en la de adultos, la mediación penal nació como un programa específico, sin incardinarse en una perspectiva institucional más amplia de justicia restaurativa⁵⁷⁷. No obstante, actualmente ya se concibe tanto como “*un sistema de gestión social, política y jurídica de las diferencias*”⁵⁷⁸ (personales, económicas, profesionales, culturales, religiosas...), como un sistema civil o ciudadano de justicia”, que complementa al sistema estatal de la administración de justicia, hasta el punto de que *constituye un desarrollo democrático del estado de derecho contemporáneo*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. (dir. Pompeu Casanova, Jaume Magre y M^a Elena Lauroba). Generalitat de Cataluña. Departamento de Justicia. 2011, pág. 665.

⁵⁷⁷ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pág.58.

⁵⁷⁸ Por cuanto, además de la adopción de un acuerdo y que éste tenga efectos ejecutivos, persigue una gestión razonable del conflicto que evite que las partes implicadas conviertan su controversia o disputa en un litigio que acabe llegando a la jurisdicción ordinaria, o que produzca una escalada hacia situaciones más agresivas. De esta forma, estabiliza el conflicto, más que solucionarlo; pero esto permite a las partes identificar y *asumir mejor las diferencias que las separan*, de forma que decidan no proseguir la contienda.

⁵⁷⁹ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pág 1161.

En la jurisdicción de menores, el Servicio de Mediación y Asesoramiento Técnico, depende orgánicamente de la Dirección General de Ejecución Penal en la Comunidad y de Justicia Juvenil, dentro de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil del Departamento de Justicia.

En el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, los equipos de mediación y reparación penal, están integrados en la Generalitat dentro del Departamento de Justicia, en concreto, dependen de la Subdirección General de Reparación y Ejecución Penal.

Se trata de un servicio público financiado por la Administración y gratuito para los ciudadanos.

Desde 2004 es gestionado por la entidad privada Asociación para el Bienestar y el Desarrollo. Para la ejecución del Programa de mediación penal, la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil ha firmado un convenio de colaboración con la citada entidad. El equipo de profesionales que desarrolla las funciones de mediación están contratados por esta entidad y prestan las funciones específicas de mediación previstas en el *Programa de Mediación y Reparación* y en el convenio de colaboración.

El Programa de mediación y reparación se inicia por la solicitud de mediación de los mismos interesados, autor y víctima, o de sus abogados, o de un órgano judicial, fiscales y jueces, o de otros servicios que hayan intervenido en el caso. La solicitud puede presentarse en cualquier fase del procedimiento judicial, por lo que es necesario que haya abierto un procedimiento penal.

Respecto a los tipos delictivos sometidos a mediación, no existe límite legal alguno en cuanto a la gravedad del hecho delictivo, excepto en lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁵⁸⁰.

Desde su inicio este programa de Mediación y Reparación ha visto incrementado su número de solicitudes y está dando buenos resultados.

No obstante, se ha observado que el acceso a la mediación por parte de víctimas y ofensores es sensiblemente menor en los casos que ya han sido juzgados que en los que se encuentran en fases anteriores a la ejecución de sentencia. |

Con el fin de paliar, en parte, esta situación, y en aras a poder ofrecer una atención más adecuada a aquellas víctimas y ofensores cuyo caso ya ha sido juzgado, se ha

⁵⁸⁰ Más adelante se tratará con mayor detenimiento de esta cuestión.

elaborado un proyecto piloto de aplicación en los casos en los que la persona se encuentra cumpliendo pena de cárcel⁵⁸¹. Esta iniciativa es también pionera en el Estado Español.

Por otra parte, en el ámbito de la legislación, Cataluña ha dejado igualmente patente su apuesta por los medios alternativos de resolución de conflictos, en general, y por la mediación penal, en particular.

Prueba de ello es el Estatuto de Cataluña⁵⁸², que en su artículo 106 alude, junto con la conciliación, a la mediación como instrumento de resolución de conflictos. También, en la Memoria del Departamento de Justicia de la Generalitat del año 2007 se destaca la elaboración del Libro Blanco de la Mediación⁵⁸³.

aa) La cuestión de inconstitucionalidad en torno a la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma sobre mediación.

Vale la pena hacer una breve referencia al artículo 106-2º del Estatuto de Cataluña, por cuanto, en su origen, se trataba de un precepto único, no exento de polémica, y, una vez más, pionero en la legislación del territorio español, puesto que ni en la legislación nacional ni en otros estatutos de autonomía había un precepto similar⁵⁸⁴, según el cual “*La Generalitat puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia*”.

⁵⁸¹ Ello, a raíz de la reciente aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo y del Consejo, y en el marco del proyecto “Restorative Justice at Post Sentencing Level; Supporting and Protecting Victims”, co-financiado por la Unión Europea y liderado por la organización alemana Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice, Victim- and Offender Treatment.

⁵⁸² Aprobado por L.O 4/1979 y modificado por L.O 6/2006, de 19 de julio, que sustituye al Estatuto de Sau, de 1979. Este nuevo Estatuto de 2006 fue publicado en Boletín Oficial del Estado nº 172, de 20-7-2006, págs. 27269-27310, y modificado en fechas 16 y 17 de Julio de 2010, a consecuencia del recurso de inconstitucionalidad.

⁵⁸³ Publicado en 2011 y compuesto por 1206 páginas, constituye un interesante trabajo de investigación; en él se hace un exhaustivo estudio de la mediación en los distintos ámbitos jurídicos (empresarial, laboral, consumo, ambiental, administrativo, salud, familiar, escolar, ciudadano y comunitario, penal y juvenil) y un detallado análisis de su implantación en Cataluña, de la figura del mediador, así como de la metodología y de las técnicas y reglas de buenas prácticas, pasando por el cálculo del coste económico, identificación de los sectores más sensibles para la implantación de la mediación y otras cuestiones de suma importancia para la efectiva implementación de la mediación penal. Este documento y otros a los que se hace referencia (Estatuto, Memoria del Departamento de Justicia y Libro Blanco de Mediación) se encuentran disponibles en la página www.gencat.cat, en donde también se puede consultar todo lo relativo a la mediación en Cataluña.

⁵⁸⁴ Posteriormente, como se verá más adelante, una vez declarada la constitucionalidad del artículo, algunas Comunidades Autónomas, en concreto, Andalucía y Extremadura, se hacen eco de esta especial regulación e insertarán en sus Estatutos un precepto en similares términos. Otras CCAA, como Aragón, mencionan la mediación solo para circunscribirla al ámbito del consumo.

En torno a él surgió la polémica sobre su posible inconstitucionalidad. Ya algún sector de la doctrina, como García Cervigón⁵⁸⁵, se pronunciaba en el sentido de que Cataluña no tenía competencia en esta materia dado que la mediación penal de adultos no está contemplada en el ordenamiento jurídico español.

Los diputados del grupo parlamentario del Partido Popular en el Congreso presentaron recurso de inconstitucionalidad frente al Estatuto de Cataluña, que fue seguido bajo el número 8045-2006 y dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 31/2010, de fecha 28 de Junio de 2010. La trascendencia de esta Sentencia en el tema que nos ocupa: la mediación penal, deriva de la pronunciación que hace el Tribunal Constitucional respecto a la competencia de las CCAA para regular de manera específica esta materia.

Uno de los preceptos impugnados era, precisamente, el artículo 106-2º del Estatuto de Autonomía⁵⁸⁶.

Se impugna por entender que, al atribuir a la Generalitat competencias legislativas sobre conciliación -entiéndase también mediación- en el contexto de un título dedicado al Poder Judicial en Cataluña, infringe el art. 149.1.5 y 6 de la Constitución española⁵⁸⁷ puesto que supone una intromisión en la Administración de justicia y en la legislación procesal. Entienden los demandantes que sólo podría ser constitucional si se limitara a la conciliación extraprocesal y extrajudicial.

Para el Abogado del Estado, la mediación y conciliación a que se refiere el precepto son las extrajudiciales, y, por tanto, siempre que no constituyan un presupuesto procesal -ya que en tal caso quedarían incluidas en la competencia del Estado contemplada en el art. 149.1.6 CE.- no podría oponerse ningún reparo competencial al art. 106.2, pues la creación de sistemas de mediación y conciliación se ciñe a las competencias de la Comunidad Autónoma, ya que la mediación y conciliación extrajudiciales que no constituyan presupuesto procesal no pueden conceptuarse como un equivalente jurisdiccional.

⁵⁸⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, “Experiencias de MP de adultos en España”. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza. Vol.IV, nº 3, Sept-Dic 2010, pág.153.

⁵⁸⁶ Los motivos de la impugnación de este precepto así como las alegaciones de cada una de las partes se recogen en el Antecedente 50 de la Sentencia.

⁵⁸⁷ “Artículo 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

5ª. Administración de Justicia.

6ª. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

En defensa de su constitucionalidad, la representación del Gobierno de la Generalitat alega que la regulación de la mediación y la conciliación no forma parte del ámbito de la Administración de justicia. El precepto no significa rechazar la competencia estatal sobre legislación procesal, sino únicamente afirmar que la Generalitat puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de los conflictos que puedan generarse en las materias de su competencia, en relación con los cuales podrá dotarse de la normativa correspondiente, al amparo de la salvedad contenida en el art. 149.1.6 CE a favor de la competencia autonómica.

Por su parte, el Parlamento catalán, en lo relativo a los procedimientos de mediación y conciliación, señala, en primer lugar, que la invocación del art. 149.1.5 CE carece de todo fundamento por cuanto la regulación de la mediación y de la conciliación no forma parte del ámbito de la Administración de justicia. En segundo lugar, el propio art. 149.1.6 CE contempla una excepción a la competencia estatal en legislación procesal resultante de las necesarias especialidades que se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Ello llevaría a concluir que es perfectamente adecuada a la Constitución la previsión estatutaria, ya que se proyecta sobre el establecimiento de la normativa de los procedimientos e instrumentos de arbitraje y conciliación para la resolución de conflictos generados en las materias que son competencia de la Generalitat.

Por último, el Tribunal Constitucional, acogiendo plenamente las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado⁵⁸⁸, desestima la impugnación del art. 106-2º del Estatuto de Cataluña, con la consecuente declaración de constitucionalidad del citado precepto.

No obstante, considero que igualmente pudieron ser también acogidos los motivos alegados por Gobierno de la Generalitat y el Parlamento catalán, puesto que, efectivamente, el propio art. 149-6º de la Constitución establece una excepción a la competencia exclusiva, que, en este caso, concurría.

Lo cierto es que, como se dijo, a raíz de esta Sentencia, que abre la posibilidad de regulación de la mediación por las legislaciones propias de las CCAA, el ejemplo del Estatuto de Cataluña fue seguido por otras Comunidades Autónomas, en concreto,

⁵⁸⁸ Fundamento Jurídico nº 54 de la Sentencia, según el cual: “*El art. 106.2 EAC no incluye necesariamente entre “los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos” aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, de manera que, así entendidos, referidos a fórmulas de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, aquellos instrumentos y procedimientos no merecen objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5 y 6 CE*”.

Andalucía y Extremadura, y, seguramente, en adelante, será acogido por nuevos Estatutos de Autonomía que hoy se encuentran en proyecto.

Para concluir, de todo ello se deduce que Cataluña es decididamente partidaria de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en concreto, por la mediación penal, y se encuentra a la vanguardia en el difícil camino de la implementación de la mediación penal en España.

Sin embargo, según los estudios llevados a cabo⁵⁸⁹, el desarrollo de la justicia restaurativa, y, por ende, de la mediación penal, encuentra serias dificultades, tales como:

a) La tendencia actual hacia la criminalización creciente de conductas, la extensión neta del control social formal y la penalización más severa.

b) El hecho de que el despliegue de recursos que requiere está condicionado por la magnitud de los costos que representa el mantenimiento del sistema de ejecución penal y, en particular, el de los centros penitenciarios.

c) Si bien hay una buena coordinación a nivel profesional, en el caso a caso entre mediadores y profesionales de otros ámbitos de la comunidad (escuela, servicios sociales, mediación comunitaria⁵⁹⁰, etc.), en cambio, no existe tal coordinación interinstitucional, para tratar de convertir en políticas todas estas iniciativas orientadas a la resolución de conflictos.

d) En el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, aunque la perspectiva restaurativa está más presente en el Programa, padece las deficiencias propias de la falta de regulación legal, así como de estabilidad suficiente y falta de recursos materiales para extender la perspectiva restaurativa de manera transversal en el conjunto de la jurisdicción penal ordinaria y de ejecución penal. Asimismo, el imperio del principio de legalidad y la ausencia del principio de oportunidad dificultan la desjudicialización.

e) A pesar de que hace ya más de 20 años que se inició el primer Programa de mediación penal en el ámbito de menores en Cataluña, aún no se han desarrollado otras experiencias, como las conferencias o los círculos de justicia restaurativa, que permiten hacer más efectiva la implicación de la comunidad en la resolución pacífica de conflictos.

⁵⁸⁹ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pág 701-702.

⁵⁹⁰ Entendida como aquella que se produce fuera del ámbito de la Administración de Justicia; se suele ceñir a determinados grupos o sectores sociales: grupos marginales conflictivos (drogadictos), comunidades vecinales, etc.

En resumen, la mediación se encuentra en una situación todavía emergente, y por lo tanto, con un bajo grado de institucionalización, de conocimiento por parte de los ciudadanos y de reconocimiento profesional⁵⁹¹.

1.3.b) País Vasco

La experiencia de la mediación penal en la Comunidad Autónoma de Euskadi⁵⁹² comenzó a mediados del año 2007 con la puesta en funcionamiento de sus Servicios de Mediación Penal.

En 2005, la Dirección de Ejecución Penal dependiente del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco encargó a la Asociación de Mediación para la Planificación de Conflictos de Madrid la elaboración de un primer documento sobre el que desarrollar las primeras experiencias en el País Vasco.

En Julio de 2007 se crea en Baracaldo, con la colaboración con los órganos judiciales de esta localidad y la Fiscalía⁵⁹³, el primer Servicio de Mediación Penal⁵⁹⁴,

⁵⁹¹ Según han puesto de manifiesto los equipos de mediación en Cataluña. *Vid. Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, pág 1163.

⁵⁹² Sobre la mediación penal en el País Vasco puede consultarse, además de la página web del gobierno vasco www.justizia.net, VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008- Septiembre 2009)*”, Donostia-San Sebastián, diciembre de 2009, disponible en www.justizia.net y en <http://www.geuz.es>. En esta obra la autora analiza la justicia restaurativa a través de la evaluación de los Servicios de Mediación Penal de Euskadi durante el periodo comprendido entre octubre de 2008 y septiembre de 2009, y se recogen los informes elaborados por Gema Varona con la colaboración de Laura Vozmediano Sanz e Izaskun Orbegozo Oronoz. Para un estudio de la experiencia en mediación penal en el País Vasco desde 2007 a 2010, *vid. AGIRRE PEDRAYES, Mila, “La experiencia de la Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de Euskadi”*. Revista Estudios Penales y Criminológicos n° 30, 2010. Disponible en <http://hdl.handle.net/10347/4154>.

⁵⁹³ Fueron la Fiscal Jefe de Euskadi, la Fiscal Coordinadora de Baracaldo y la Jueza Decana de esta localidad quienes empezaron a trabajar y a redactar los protocolos que guiarían la labor mediadora. *Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “Mediación Penal: una alternativa que funciona”, XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible (17. 2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. Borja Antón). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, pág. 1950. ISBN: 978-84-8419-232-9.*

⁵⁹⁴ De la experiencia de Baracaldo destaca la evaluación elaborada por Gema Varona y recogida en dos informes referidos a los Servicios de Mediación Penal en el País Vasco en los años 2007 y 2009; uno, sobre el primer año de puesta en marcha del Servicio de Mediación Penal de Baracaldo, VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Baracaldo (Julio-Diciembre de 2007)*”, Donostia-San Sebastián, 2 de marzo de 2008, disponible en www.justizia.net. Y el 2º informe elaborado por Gema Varona Martínez con la colaboración de Laura Vozmediano Sanz e Izaskun Orbegozo Oronoz respecto al periodo comprendido entre octubre de 2008 y septiembre de 2009 en la obra VARONA MARTÍNEZ, Gema “*Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008— Septiembre 2009*”...ob.cit. También puede consultarse, respecto al periodo hasta Junio de 2009, ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, y ROMERO ANTÓN, Carlos, “*Los servicios de mediación penal de Bilbao y Baracaldo. Experiencia de justicia restaurativa*” en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia. (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña)*. VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009, págs 197-204. Interesantes resultan las ponencias de los participantes y promotores de la experiencia -la Jueza del Juzgado Penal nº 2 y Decana de Baracaldo, la Fiscal Jefe de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Coordinadora de la Comisión de Mediación del Colegio de Abogados y el Coordinador del Servicio de Mediación Penal- recogidas en

dependiente de dicha Dirección. Esta experiencia piloto nació con objetivos claramente enfocados desde una perspectiva de defensa de los principios de la justicia restaurativa.

Unos meses después entra en funcionamiento el de Vitoria-Gasteiz; en Octubre de 2008 el de Bilbao y seguidamente el de Donostia-San Sebastián. Desde 2010 se encuentran consolidados en los cuatro partidos judiciales.

En 2011, ya asentado el SMP en la Administración de Justicia del País Vasco, se transforma en el actual Servicio de Mediación Intrajudicial.

Para su implantación, en julio de 2008, se firmó un primer Protocolo de actuación en el que se regulaba pormenorizadamente el funcionamiento del servicio, sus relaciones con los órganos judiciales así como la eficacia de los acuerdos que se alcanzaran en mediaciones. En Junio de 2012 se firmó un nuevo Protocolo -"Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación intrajudicial"-, previéndose en el mismo, además, la celebración de reuniones anuales con los diferentes operadores jurídicos implicados, con la finalidad de analizar su marcha, solventar las dudas sobre su aplicación, y facilitar, en definitiva, mejoras en su aplicación.

La Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁵⁹⁵ destaca que la importancia de este protocolo, radica, respecto del anterior, en la estrecha relación que habrán de mantener fiscales y mediadores, puesto que, por un lado, los integrantes de los Servicios de Mediación actuarán conforme a los criterios establecidos por el Ministerio Fiscal, y, por otro, se establecerá con cada Fiscalía Provincial la forma de actuación para tratar los asuntos antes de comenzar la mediación.

En la redacción de este nuevo Protocolo colaboraron las tres Fiscalías Provinciales⁵⁹⁶ y la Fiscalía de la Comunidad Autónoma. No obstante, durante su elaboración surgió una polémica entre la Fiscalía -que sostenía la necesidad de poner término a una práctica más o menos extendida, y no privativa del País Vasco, que, según la Fiscalía, suponía una extralimitación en sus funciones por parte de los servicios de mediación penal los cuales no se limitaban a buscar una conformidad con los hechos, sino que pretendían conformar también cuestiones jurídicas- y el Departamento de Justicia ante la negativa inicial de éste a incluir en su texto una cláusula expresa conforme a la cual los

"Jornada sobre mediación penal. La Experiencia de Baracaldo" organizada por la Dirección de Ejecución Penal y el Colegio de Abogados de Bizkaia en fecha 30 de noviembre de 2007 y disponible en www.justizia.net. Y un estudio más actual, lo encontramos en ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, *"Mediación Penal: una alternativa que funciona"*, XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible (17. 2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. BORJA ANTÓN). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, págs. 1950-1956. ISBN: 978-84-8419-232-9.

⁵⁹⁵ Vid. Memoria 2013 (Ejercicio 2012) de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pág.155.

⁵⁹⁶ Fiscalías Provinciales de Vizcaya, de Guipúzcoa, y de Álava.

integrantes del servicio de mediación debían actuar, en todo caso, con sujeción a las directrices impartidas por los Fiscales. Finalmente tal cláusula se introdujo. Sin embargo, en la práctica, según pone de manifiesto la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁵⁹⁷, no ha dado los resultados esperados debido a que “los mediadores del Departamento, a pesar del contenido del protocolo, no consideran imprescindible la intervención del Fiscal, desde la fase inicial, así como tampoco la función en defensa no solo de los derechos del imputado sino de la víctima del hecho”⁵⁹⁸.

Este hecho pone de relieve la importancia de establecer en la práctica mecanismos que impidan la injerencia de unos profesionales en las funciones de otros, respetando cada uno de ellos los límites de su ámbito de actuación. De ahí, también, la necesidad de que el acuerdo finalmente alcanzado sea redactado conforme a determinadas reglas y con un contenido estrictamente limitado, como se verá más adelante.

Los Servicios de Mediación Penal se encuadran entre los Servicios de Cooperación con la Justicia de la Dirección de Ejecución Penal⁵⁹⁹. Son financiados por el Gobierno Vasco y, a partir de 2013, gestionados todos ellos por la entidad privada ADOSTEN (asociación para la mediación y resolución de conflictos)⁶⁰⁰.

Se encuentran ubicados en los Palacios de Justicia y prestan atención gratuita a la ciudadanía.

Para que se active el proceso de mediación intrajudicial es necesario que el conflicto haya llegado al juzgado. Una vez que el órgano judicial está conociendo del asunto puede derivarlo al SMI, bien de oficio, bien a instancia del Ministerio Fiscal o de alguna de las partes. De esta forma, es el órgano judicial quien decide la remisión del asunto a un procedimiento de mediación, que en todo caso es voluntario para las partes y su contenido confidencial. En cuanto al seguimiento de los acuerdos, cuando el órgano judicial o el Ministerio Fiscal así lo soliciten, el Servicio de Mediación realizará un seguimiento de la reparación e informará sobre el estado del procedimiento o el cumplimiento y ejecución del Plan de reparación.

⁵⁹⁷ *Vid.* Memoria 2013 (Ejercicio 2012) de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pág.155.

⁵⁹⁸ Tal vez esta divergencia se deba a la distinta visión con que cada uno de ellos, fiscales y mediadores, vive la mediación penal; mientras los fiscales han de velar por el cumplimiento de la legalidad, los mediadores se centran en la satisfacción de las partes en conflicto.

⁵⁹⁹ Junto con el Servicio de Asistencia a la Víctima, el Servicio de Asistencia al Detenido y el Servicio de Asistencia a la Reinserción. Para más información, consultar página www.justizia.net.

⁶⁰⁰ La Dirección de Justicia suscribió con fecha 12 de diciembre de 2012 un convenio de colaboración con la citada entidad para la gestión única del Servicio de Mediación Intrajudicial de Euskadi. Con anterioridad, cada Servicio de Mediación era gestionado por una entidad distinta, así, en Baracaldo, por el Centro Universitario de Transformación de Conflictos (GEUZ), y en Vitoria-Gasteiz por el Instituto de Reintegración Social de Álava (IRSE).

Por lo que se refiere a los tipos penales a los que se aplica, a priori no se excluye ninguno por la calificación jurídico-penal del hecho delictivo como grave, menos grave o falta. Se exceptúan los de violencia de género que constituyan manifestación de discriminación machista, y, al principio se excluía el atentado contra la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos (art. 550 CP), debido a la desigualdad institucional que se produce entre las partes en estos casos, si bien, con posterioridad se ha producido la mediación con éxito, y los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. En cuanto a las faltas, quedan excluidas las que infringen el interés general (Título III CP, arts. 629 a 632), las que van contra el orden público (Título IV CP, arts. 633 a 637) y las faltas inmediatas a enjuiciar en el Juzgado de Guardia (962 y ss LECR). Por último, los delitos y faltas que dan lugar a los juicios rápidos, a priori no son susceptibles de mediación penal, aunque, si el juez considera que el caso es idóneo para mediación, tras oír al Ministerio Fiscal y a las partes, puede resolver la tramitación como diligencia previa y remitir el caso a mediación.

En definitiva, tal como señala Agirre Pedrayes⁶⁰¹ con carácter general, se aborda la mediación en delitos y faltas en los que existe una víctima concreta, persona física o jurídica, con la que es posible realizar el proceso de mediación entre personas denunciante/s y denunciada/s y en los casos de denuncias cruzadas o múltiples, en los que personas implicadas reúnen el doble carácter.

Ordeñana Gezuraga⁶⁰² indica dos criterios que se consideran determinantes para decidir sobre la idoneidad de la utilización de la mediación en el caso concreto: 1) las condiciones subjetivas de las personas protagonistas del conflicto y su resolución (sus capacidades personales y la situación coyuntural en la que están), y 2) la significación subjetiva del hecho, independientemente de su calificación jurídico penal, es decir, es la impresión de las personas sobre los hechos lo que convierte al conflicto en merecedor de la mediación penal, de forma que las partes deben querer solventar la controversia de manera estable. En los delitos en los que existe un desequilibrio de poder entre las partes o su tensión emocional –por ejemplo, en los contrarios a la libertad sexual–, será el equipo mediador quien decida sobre la idoneidad de la mediación penal, teniendo en cuenta especialmente la situación psicológica de la víctima y su relación con el delincuente.

⁶⁰¹ AGIRRE PEDRAYES, Mila, *La experiencia de la Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de Euskadi*. ...ob.cit. pág.11.

⁶⁰² ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa que funciona*”...ob.cit. pág. 1952.

Es preciso destacar que en el desarrollo de la mediación penal en el País Vasco ha sido de gran influencia el hecho de que desde el año 2007, el Gobierno Vasco es miembro del *European Forum for Restorative Justice*.

Ello, probablemente, haya sido determinante para que el Servicio de Mediación Penal Vasco, fiel a los objetivos con los que nació, se enmarque dentro del movimiento de justicia restaurativa, de forma que su organización responde a principios de este modelo de justicia. La mediación penal se concibe como una herramienta para conseguir los fines propios de aquélla, actuando con carácter complementario del sistema judicial penal.

En este contexto, la víctima es la gran beneficiada -sin perjuicio de los beneficios que reporta al infractor, a la Administración de Justicia y a la ciudadanía-, según ponen de manifiesto los distintos informes publicados⁶⁰³. En ellos se destacan el grado de satisfacción de las víctimas que participan en un proceso de mediación, tanto con el proceso como con su resultado, y el hecho de que se tienda de forma especial, durante el mismo, a proteger y amparar los derechos e intereses de las víctimas. Ello repercute, también, en un impacto beneficioso en la prevención de victimizaciones futuras y evitación de la victimización secundaria, y, por tanto, en una mejor convivencia, beneficiosa para toda la comunidad⁶⁰⁴.

En conclusión, hay que destacar el apoyo que el Gobierno vasco presta al fomento de la mediación como sistema "complementario" a los procedimientos judiciales, así como el alto grado de satisfacción de los usuarios, avalado por los resultados de los servicios de mediación actualmente existentes, y el aumento de los casos sometidos a mediación

⁶⁰³ Véanse, especialmente, los dos informes de Gema Varona ya citados, sobre la mediación penal en el País Vasco durante los años de 2007, uno, y 2008 a 2009, otro, así como las Memorias que cada año publica el Servicio de Mediación Intrajudicial en las que se recogen los datos estadísticos con los resultados de la mediación penal llevada a cabo durante ese periodo, disponibles en la página web del Gobierno del País Vasco www.justizia.net.

⁶⁰⁴ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, "La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio- Diciembre de 2007...ob.cit. pág. 92. Sáez Rodríguez resalta también estos datos aduciendo que todos los pasos seguidos en el proceso de mediación, los cuales se encuentran protocolizados, desde el primer contacto, atienden fundamentalmente al objetivo de proteger y amparar a las víctimas, de forma que el grado de satisfacción de éstas alcanza el 75%. Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, "La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España...págs 139-140.

penal⁶⁰⁵, resaltando los efectos positivos de la mediación sobre los posibles efectos negativos⁶⁰⁶.

No obstante, la sostenibilidad de los Servicios de mediación, como indica Gema Varona⁶⁰⁷, sigue dependiendo en la actualidad de cuatro factores: el marco legislativo, el compromiso continuado de los impulsores y los operadores jurídicos, una planificación y apoyo financiero razonables y el respaldo social.

bb) Breve referencia a los encuentros restaurativos entre disidentes de ETA y sus víctimas.

Entre los últimos programas restaurativos desarrollados en el País Vasco, merecen especial atención los “encuentros restaurativos”⁶⁰⁸ celebrados durante los años 2011 y 2012, en la cárcel de Nanclares de Oca (Álava)⁶⁰⁹, entre presos terroristas y víctimas que

⁶⁰⁵ Así, en la Memoria de 2012 del Servicio de Mediación Intrajudicial, publicada por la Dirección de Justicia Departamento de Justicia y Administración Pública, se recoge que, en total, la suma de asuntos en los que intervino el SMI a lo largo del ejercicio 2012 asciende a 1.400, lo que representa un aumento del 21% respecto al año 2011, en el que el SMI intervino en 1.144 asuntos. En un 65,46%, el SMI ha intervenido alcanzando en todos ellos un proceso de mediación cerrado. De esta cantidad de expedientes el SMI ha logrado alcanzar un 77,95% de acuerdos satisfactorios para los implicados en el proceso penal derivado. Respecto al año 2011, el número de asuntos cerrados con mediación representa un incremento del 9,4% (en 2011 se cerraron 720 asuntos), si bien el porcentaje de acuerdos satisfactorios para los implicados en el proceso penal fue del 83,03 % en 2011 frente al 77,95% en 2012 antes mencionado. En cuanto a la tipología delictiva de los expedientes remitidos por los juzgados, en el año 2012 obedecen a un 26,41% de delitos y un 73,58% de faltas. Se aprecia un cambio sustancial respecto al año 2011 en el que los asuntos de mediación correspondieron a un 38,86% de delitos y un 61,13% de faltas. Se observa un descenso del empleo de la mediación en los delitos. Los datos del segundo trimestre de 2013 muestran que el 76% de los 273 casos en los que se ejerció la mediación intrajudicial en Euskadi se resolvieron de manera satisfactoria y se evitó la vía judicial. En la justicia juvenil, los datos son aún más contundentes, con 384 mediaciones en 2012 de las que el 90% finalizaron con acuerdo.

⁶⁰⁶ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, “La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio- Diciembre de 2007...ob.cit. pág. 93.

⁶⁰⁷ VARONA MARTÍNEZ, Gema, “La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio- Diciembre de 2007...ob.cit. pág. 95, dato que posteriormente reitera en VARONA MARTÍNEZ, Gema “Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008— Septiembre 2009”...ob.cit. pág. 305.

⁶⁰⁸ Domingo de la Fuente celebra que se hable, por fin, de encuentros restaurativos, con lo que, dice, así se acaba con la errónea equiparación entre mediación penal y Justicia Restaurativa que se hace en nuestro país. No obstante, critica el secretismo con que se ha llevado a cabo la experiencia “porque tal parece que consideran estas prácticas restaurativas como peligrosas y para evitar crear alarma social, nos suministran con cuentagotas la información” Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Encuentros restaurativos entre presos de ETA y víctimas”. Blog *La otra Justicia*. 7 Marzo 2012. <http://www.cj-worldnews.com>.

⁶⁰⁹ Este hecho le ha valido el nombre al programa de “vía Nanclares”. Sin embargo, Esther Pascual, coordinadora de estos encuentros, muestra su disconformidad con la denominación al entender que es una denominación periodística y los encuentros restaurativos no se insertan en esa vía. Es una iniciativa que nace de los presos, ellos solicitan participar en encuentros con víctimas y no todos los presos de Nanclares han participado en este tipo de encuentros. Vid. *Entrevista a Esther Pascual Rodríguez*. eldiariornorte.es 12/10/2013.

Disponible en http://www.eldiario.es/norte/euskadi/doctrina_Parot-encuentros_restaurativos-Via_Nanclares-presos_etarras_disidentes-Tribunal_de_Estrasburgo_0_184782293.html.

habían sufrido la violencia terrorista de ETA -tanto víctimas directas supervivientes como familiares de asesinados-.

Estos encuentros fueron organizados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, durante el Gobierno socialista con la colaboración de la Oficina de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco⁶¹⁰.

Por la especial naturaleza de la justicia restaurativa y de la organización ETA, estos encuentros entre víctimas y victimarios no podían producirse si antes -o, al menos, en el mismo contexto-, no se producía el cese de la violencia por parte de dicha organización.

Así, pues, paralelamente a la organización de estos encuentros⁶¹¹, ETA preparaba el anuncio del cese definitivo de la violencia, que ya hizo público en fecha 20 de octubre de 2011⁶¹².

A partir de estos hechos, se abre la vía hacia la convivencia y la reconciliación, que, entiendo, han de desarrollarse, para su mejor consecución, en el marco de la justicia restaurativa. Esta, tal como señala Gema Varona⁶¹³, constituye una posibilidad que puede

⁶¹⁰ Para un estudio completo de los pormenores en el desarrollo de estos encuentros y su resultado, *vid.* VVAA (coord. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. Edit. Sal Terrae. Santander. Octubre 2013. Por su parte, el informe Ararteko nos proporciona, como ya se comentó, un detallado análisis sobre las víctimas del terrorismo de ETA. *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, Gema, (por parte de la institución del Ararteko: Iñigo Lamarca, Julia Hernández, Faustino López de Foronda, Amaia Pagola, Nieves Oca), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del ARARTEKO al Parlamento Vasco*. ARARTEKO (Defensor del Pueblo Vasco). Vitoria-Gasteiz. Junio 2009. Otra obra interesante sobre la aplicación de la justicia restaurativa en los casos de víctimas de terrorismo la aporta esta misma autora en: VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia Restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados*” (Texto de la intervención en el Encuentro Internacional en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain, Donostia/San Sebastián, 4 de noviembre de 2011). EGUZKILORE Número 26. San Sebastián 2012, págs. 201-245. En ella la autora plantea las posibilidades y límites de la justicia restaurativa como respuesta a la victimización terrorista en el caso de ETA, expone la complejidad de la justicia restaurativa en supuestos de victimación terrorista en Euskadi y analiza los factores explicativos de la ausencia de justicia restaurativa en este ámbito hasta tiempos recientes, para concluir que un programa de justicia restaurativa en casos de terrorismo podría ser beneficioso para las víctimas, los victimarios y la sociedad, siempre y cuando se respete la normativa internacional al respecto. *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, Gema, *ob.cit.* pág.203.

⁶¹¹ El programa comenzó en Febrero de 2011 y el primer encuentro se celebró en fecha 26 de Mayo de 2011, entre Luis Carrasco Asenguinolaza, jefe del *comando Buruntza* de ETA, que participó en los asesinatos de Santiago Oleaga (2001) y de Juan Mari Jáuregui, y la viuda de éste Maixabel Lasa.

⁶¹² Para otros, reproduciendo las palabras del ministro del Interior, Jorge Fernández, la “vía de Nanclares” “formaba parte de la política impulsada por el Gobierno socialista tras la ruptura de la tregua de ETA de 2006, en la que ofrecía a los presos de ETA acercamientos a cárceles del País Vasco y beneficios penitenciarios a cambio de cumplir con las exigencias que el Código Penal incluye desde 2003 -rechazo de la violencia, desvinculación de la banda, perdón de las víctimas, pago de las indemnizaciones civiles y colaboración con las autoridades-; pero dejó de ser eficaz tras el comunicado de ETA del fin de la violencia del pasado 20 de octubre”. *Vid. El País. 26 de Abril de 2012.*

⁶¹³ *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia Restaurativa en supuestos de victimación terrorista:...*”, *ob.cit.* pág. 227. Respecto a esta obra es preciso resaltar que, si bien la autora conoce la existencia de un programa de justicia restaurativa en relación con los presos de ETA de la llamada vía Nanclares, lo cierto es que no cuenta, en el momento de elaborar su estudio con datos completos sobre esta experiencia. *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, *ob.cit.* págs 205-206. No obstante, y a pesar de ello, hace un exhaustivo y acertado análisis de las exigencias y la problemática de la justicia restaurativa en los casos de terrorismo, que, a la

resultar positiva, en determinados casos, si se respetan los derechos de las víctimas y victimarios y se incardina dentro de un contexto sociopolítico deslegitimador del terrorismo de ETA.

Por ello, en el desarrollo de estos encuentros había de tenerse en cuenta que el resultado de éstos no podía dar a lugar a impunidad, ni perdón, reconciliación u olvido, ni constituían un método para ayudar al fin de ETA o solventar la reinserción de sus presos, sino que habían de suponer una intervención voluntaria, no generalizable, de carácter interpersonal y, en su caso, comunitario, con el fin de reparar el daño causado⁶¹⁴.

A tenor de ello, para participar en un encuentro los intervinientes debían reunir unos requisitos, además de la voluntariedad y de encontrarse en el momento psicológico adecuado, elementos comunes a todos los participantes; a saber:

-En cuanto al victimario, la ausencia definitiva e incondicional de la violencia interpersonal ejercida, garantizando a la víctima que no se volverá a repetir⁶¹⁵. Es preciso que reconozca el daño producido y su responsabilidad, que rechace el terrorismo⁶¹⁶ y se muestre dispuesto a reparar de algún modo a las víctimas, siquiera parcialmente⁶¹⁷.

En consecuencia, todos los presos que participaron en los encuentros (14 en total) ya habían sido condenados y se habían desvinculado de ETA y de su colectivo de presos, y se mostraban dispuestos a pedir perdón⁶¹⁸.

Además, constituye un dato importante el hecho de que los presos que participaron no obtienen beneficios penitenciarios⁶¹⁹, y así se les comunicó con anterioridad. De esta forma, se garantizaba un proceso sincero y absolutamente honesto, sin otras finalidades latentes⁶²⁰.

postre, coinciden con la experiencia llevada a cabo en la cárcel de Nandales.

⁶¹⁴ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia Restaurativa en supuestos de victimación terrorista:...*”, ob.cit. pág 203.

⁶¹⁵ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, “*Introducción*” en VVAA (coord. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos...* ob.cit. pág. 17.

⁶¹⁶ A título de ejemplo, Luis Carrasco declaraba que ya había iniciado su trayectoria de “depuración ética”. Vid. el País 24 de Octubre de 2013.

Disponible en http://politica.elpais.com/politica/2013/10/24/actualidad/1382641750_283159.html.

⁶¹⁷ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia Restaurativa en supuestos de victimación...* ob.cit. pág. 232.

⁶¹⁸ Aunque al inicio se precisó por los mediadores y organizadores que el objetivo no era “ni pedir perdón ni perdonar”.

⁶¹⁹ No es ésta la idea que tienen otros de este programa. Léase ut supra pie de página 578, opinión del ministro del Interior.

⁶²⁰ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, ob.cit. pág. 17.

-Por lo que respecta a las víctimas o sus familiares⁶²¹, en el encuentro debía asegurarse, en todo momento, el respeto de los principios acuñados por las víctimas: verdad, memoria, dignidad y justicia⁶²². La víctima habría de ser receptiva a la reparación⁶²³, en el sentido, entiendo, de que ello no suponía el perdón ni la reconciliación con el victimario, sino más bien la disposición a la escucha y a ser escuchada⁶²⁴.

Según manifestaciones de algunas de las víctimas⁶²⁵, resultó decisivo para decidir participar en el encuentro el hecho de que los presos estuvieran desvinculados del grupo terrorista, hubieran hecho autocrítica, desaprobaran lo que habían hecho, así como que no iban a obtener beneficios penitenciarios; en definitiva, el arrepentimiento del victimario.

El balance de la experiencia fue altamente positivo.

Así se deduce de las declaraciones de las personas que intervinieron en calidad de víctimas y de victimarios⁶²⁶.

Por lo que respecta a las víctimas, tema central de este trabajo, lo prueba el hecho de que, precisamente, al menos una de ellas, Maixabel Lasa, se ha erigido en acérrima defensora de estos encuentros, reivindicando su continuidad al actual Gobierno⁶²⁷, a la vez que reconoce⁶²⁸ que la experiencia servirá, en el nivel individual, para la reparación del sufrimiento y el dolor causado a las víctimas, y la sanación de personas dañadas, y, en el nivel social, para la construcción de una sociedad más justa y segura, para sentar las bases

⁶²¹ A pesar de que, según los estudios llevados a cabo por Gema Varona, entre las víctimas reinaba la desconfianza y el escepticismo, sí había cierta voluntad de algunas de ellas para participar en programas de justicia restaurativa. Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, (por parte de la institución del Ararteko: Iñigo Lamarca, Julia Hernández, Faustino López de Foronda, Amaia Pagola, Nieves Oca), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del ARARTEKO al Parlamento Vasco...*ob.cit. y VARONA MARTÍNEZ, Gema “*Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad. Octubre 2008-Septiembre 2009...*ob.cit.

⁶²² Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia Restaurativa en supuestos de victimación terrorista...*”, ob.cit. pág. 203.

⁶²³ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia Restaurativa en supuestos de victimación ...*ob.cit.pág.232.

⁶²⁴ Como dice Gema Varona, “*comprender que otro ser humano puede causar intencionalmente tanto dolor no es perdonar ni justificar, pero sí puede ayudar a minimizar la victimación*”. Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, ob.cit. pág. 203.

⁶²⁵ Vid. LASA, MAIXABEL “*Prólogo*” en VVAA (coord. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos...*ob.cit. pág. 13; y El País 24 de Octubre de 2013, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2013/10/24/actualidad/1382641750_283159.html.

⁶²⁶ Véase cualquier periódico que publique sus declaraciones. A título de ejemplo, los ya citados El País, vozpópuli, eldiarionorte.es..., así como las palabras de Maixabel Lasa durante la entrevista en el programa de Radio Euskadi. Boulevard. “*Los encuentros entre víctimas y miembros de ETA afianzan a la paz*”, en fecha 11/10/2013, en las que decía que cree que estos encuentros sirven para afianzar la paz, y confiesa que, aunque no esperaba nada, tras la entrevista con el asesino de su marido se sintió “satisfecha”. Véase también LASA, MAIXABEL, “*Prólogo*” en VVAA (coord. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther), *Los ojos del otro...*ob.cit. págs.13-14.

⁶²⁷ Así lo manifestó, entre otras ocasiones, en el acto de la presentación del libro *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. También hacen suya esta petición los demás participantes en el programa, no sólo víctimas y victimarios, sino también mediadores y coordinadores.

⁶²⁸ Vid. LASA, MAIXABEL, “*Prólogo*” en VVAA (coord. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther), *Los ojos del otro...*ob.cit. págs.13-14.

de un futuro en paz y convivencia y que la violencia vivida en el pasado no vuelva a desencadenarse en el futuro.

Por su parte, la coordinadora del equipo de mediación, Esther Pascual, destacaba que los encuentros han servido para "cerrar el duelo", eliminar los odios y para "conocer el valor del perdón fuera de cualquier contenido religioso moralizante", pudiendo, además, contribuir al proceso de paz en el País Vasco⁶²⁹.

Y así debe haber sido cuando se producen hechos como el ocurrido en fecha 22 de Noviembre de 2013, en el que durante un acto de homenaje celebrado en Bilbao a víctimas de ETA, asisten ex etarras que, además, aparecen charlando con las víctimas y sus familiares⁶³⁰.

Sin embargo, los encuentros restaurativos, no exentos de polémica⁶³¹, se celebraron rodeados de un ambiente hostil por parte de diversos grupos políticos (PP, UpyD) y asociaciones (Asociación de Víctimas del Terrorismo -AVT-, Foro contra la impunidad en el País Vasco, Colectivo de Víctimas del Terrorismo del País Vasco -Covite-), hasta ser finalmente cancelados.

Sería deseable que, tal como señala Pascual Rodríguez⁶³², se reanuden estos encuentros, siempre en clave de justicia restaurativa, y que, así, la administración de justicia continúe cumpliendo su función, mediante la búsqueda de todas las verdades respecto de la violencia sufrida. Y, como indica Gema Varona⁶³³, si las víctimas y los victimarios quieren, los encuentros restaurativos puedan celebrarse, no como improvisación, mero ritual, impunidad o equidistancia, sino como complemento innovador de la justicia penal del siglo XXI, en que se busca la centralidad de las víctimas; y ello en el marco del cumplimiento de una promesa que el Estado de Derecho realiza a las víctimas del terrorismo⁶³⁴.

1.3.c) La Rioja

⁶²⁹ Vid. entrevista en el programa de Radio Euskadi. Boulevard. "Los encuentros entre víctimas y miembros de ETA afianzan a la paz", en fecha 11/10/2013, y *Entrevista a Esther Pascual Rodríguez*. eldiarionorte.es 12/10/2013.

⁶³⁰ Véase cualquier periódico de la fecha 23-11-2013.

⁶³¹ Vid. Esther Pascual en *Entrevista a Esther Pascual Rodríguez*. eldiarionorte.es 12/10/2013, o la página web *Euskadi información global, Septiembre 2011*, o *vozpopuli.18octubre 2103*, entre otros periódicos que se hicieron eco de la noticia.

⁶³² Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, ob.cit. pág. 17.

⁶³³ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, ob.cit. pág.233.

⁶³⁴ Sin embargo, no parece ser esta la idea que preside el nuevo plan de reinserción de presos de ETA que impulsa el actual Gobierno del PP, que dice haber reanudado los encuentros entre víctimas de ETA y presos disidentes, si bien con el carácter de "reparadores" en vez de "restaurativos" y gestionados por el Gobierno central en lugar del autonómico.

En La Rioja se inició en el año 2000 un proyecto piloto de Mediación, circunscrito al ámbito de adultos, a través de un convenio entre el gobierno autónomo, el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, que se desarrolló a través de la Oficina de Atención a la Víctima.

El Proyecto de la Rioja presenta una particularidad con respecto a los demás programas llevados a cabo en otras Comunidades Autónomas: a diferencia de los programas de Vitoria, Cataluña y Valencia, quién realizaba la valoración inicial sobre la idoneidad del caso para ser susceptible de un proceso de mediación es la Oficina de Atención a la Víctima, que tras valorar las circunstancias específicas del caso (relaciones entre las partes, tipo de infracción, etc), propone a la Fiscalía la aplicación del Programa.

La idea responde, según señala Sánchez Gordillo⁶³⁵, a que desde el punto de vista de las relaciones conflictivas tiene mayor capacidad de valoración el Equipo Técnico de la Oficina de Atención a la Víctima que el propio ente Juzgador.

En cuanto a los criterios de selección se refiere, lo importante no es el tipo penal, o que sea falta o delito o la gravedad del hecho, lo importante es que el caso concreto se ajuste a las condiciones necesarias para la óptima realización de la mediación.

Del análisis que presenta Gordillo Santana, se infiere el alto porcentaje en el cumplimiento de los acuerdos y ausencia de reincidencia en estos casos y, por tanto, el alto grado de satisfacción de las víctimas.

No obstante el éxito del Proyecto, lo cierto es que quedó interrumpido hasta que, en fecha 22 de Abril de 2010, el Pleno del CGPJ aprueba un Convenio de colaboración con La Rioja sobre Mediación en el ámbito de las jurisdicciones civil y penal⁶³⁶, firmado en fecha 14 de Junio.

Este servicio se puso en marcha en octubre de 2010. Sin embargo, la mediación penal con adultos no acaba de implantarse hasta Febrero de 2012.

En este nuevo programa es el Juez quien deriva el caso a mediación, si bien puede proponerlo el fiscal o las partes. Como en las demás CCAA, en él se contemplan todas las fases procesales como adecuadas para llevar a cabo la mediación.

⁶³⁵ Vid. GORDILLO SANTANA, Luis “*El proyecto piloto de Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de La Rioja*” en GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia...ob.cit. capítulo V*, pág. 6.

⁶³⁶ Para un estudio más detallado del desarrollo del proyecto de mediación en La Rioja, consúltese GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*, Universidad de La Rioja. 2005. Y respecto al Convenio, *vid.* página www.poderjudicial.es.

Desde primeros de febrero de 2012, fecha en la que empezó a funcionar, hasta el día 30 de Septiembre de 2013 se han derivado al servicio de mediación intrajudicial penal, 186 expedientes -102 en 2012 y 84 en 2013-.

El 78 % de los casos de mediación intrajudicial registrados en La Rioja en 2012 correspondió a juicios de faltas, el 21 % a diligencias previas y el 1 % a procedimientos abreviados. Mientras que en 2013, el 69 % de los expedientes corresponde a juicios de faltas, un 29 % a diligencias previas y un 2 % a juicios rápidos.

En definitiva, la implantación de la mediación penal en La Rioja, a pesar de que el Proyecto puso de manifiesto los beneficios que conlleva, ha tenido un alcance muy limitado, no exento de dificultades, y sin continuidad en el tiempo. Tal vez el último programa implantado ayude a mejorar la situación.

1.3.d) Madrid

En el año 1999 el Ayuntamiento de Madrid, firmó un convenio de colaboración con la Asociación “Apoyo”, para el desarrollo de un Servicio de mediación entre víctima e infractor drogodependiente⁶³⁷, que se ha conocido con el nombre de “mediación comunitaria”⁶³⁸.

El tipo de delitos cometidos por los victimarios que fueron atendidos en el Programa era contra el patrimonio (un 85%) y contra la salud pública un 15%⁶³⁹, aunque se puso de manifiesto que lo determinante para participar en mediación no era tanto, en función de la gravedad del delito, sino en función de los propios criterios, de la situación personal y del recorrido vital de cada uno, en definitiva, de cómo se enfrenta íntimamente cada víctima a la vida y al delito⁶⁴⁰.

Durante el desarrollo de este programa quedó patente la efectividad de la reparación simbólica, con la que la mayor parte de las víctimas se sentía satisfecha⁶⁴¹. Además se pudo apreciar el efecto positivo que producía en las víctimas, y que se traducía

⁶³⁷ Para un estudio más completo de este Programa de mediación, puede consultarse VVAA (coord. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Pilar) *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Editorial Agape, Madrid, 2010, así como las Conclusiones de las Jornadas *sobre Mediación penal y Drogodependencias*, que viene celebrando la Asociación Apoyo con relación a este Programa.

⁶³⁸ Por llevarse a cabo en los barrios con personas que tienen problemas de toxicomanía. Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág. 108.

⁶³⁹ Vid. Ponencias de las *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre 2002, pág. 6. www.uc3m.es/larevistilla.

⁶⁴⁰ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P. (Coordinadora del programa de Mediación) “*La mediación penal comunitaria: la experiencia de la Asociación Apoyo en los Juzgados de Madrid*”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencia...*ob.cit.pág.9.

⁶⁴¹ El tipo de reparación que se hizo, una vez realizada la mediación, fue en un 70%, simbólica y patrimonial en un 30%. Vid. *I Jornadas sobre Mediación...*ob.cit.

en sentimientos de aceptación y empatía hacia la situación y problemas del infractor, cuando conocían las situaciones carenciales de éste y, sobre todo, cuando constataban cómo no había una respuesta suficiente por parte de la red pública para todas las necesidades que padecían⁶⁴².

Otro de los beneficios que reportó el Programa de mediación a las víctimas que intervinieron -también, en este caso, al infractor- es que encontraron respuesta a preguntas que nunca hubieran obtenido en el procedimiento penal convencional disminuyendo así el miedo e inseguridad en la víctima⁶⁴³.

En Noviembre de 2005, comenzó una experiencia de Mediación Penal de adultos en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid⁶⁴⁴, en colaboración con la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y con la supervisión del Servicio de Planificación y Análisis del Consejo General del Poder Judicial. Esta vez la experiencia se llevó a cabo con la participación de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid.

⁶⁴² Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P. “La mediación penal comunitaria: la experiencia de la Asociación Apoyo en los Juzgados de Madrid”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre 2002. pág. 11. www.uc3m.es/larevistilla.

⁶⁴³ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P. “La mediación penal comunitaria: la experiencia...ob.cit. pág. 8.

⁶⁴⁴ Sobre esta experiencia encontramos diversos estudios. Pueden consultarse, entre otros, SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, (Juez del Juzgado nº 20 de Madrid en las fechas en las que se llevó a cabo la experiencia) “La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización”. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia año LXII. nº 2062 -1 de Junio de 2.008, págs. 1757-1770; SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia”, Ponencia del Curso de Alternativas a la judicialización de los conflictos. Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. 2006, nº 111. Págs. 35-86; SAEZ RODRÍGUEZ, Concepción, (Secretaria del Juzgado nº 20 de Madrid en las fechas en las que se llevó a cabo la experiencia) “La Mediación en el Proceso Penal : experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid”. Disponible en: www.poderjudicial.es -Mediación (fecha de consulta: 23-06-10) y en su obra SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 1998-2011” en Cuadernos penales Jose María Lidón, nº 8. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, págs 127-190; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, (intervino como mediadora en el programa) *La mediación en el sistema penal...ob.cit.* págs. 343-391; y OLAVARRÍA IGLESIA, Teresa, (fiscal que participó en el programa) “El Ministerio Fiscal en los procesos de mediación penal”. Estudios Jurídicos nº 2010-2010; PASCUAL E., RÍOS J., SÁEZ C., Y SÁEZ R., “Una experiencia de mediación en el proceso penal”, en *Boletín Criminológico*, nº 102, enero-febrero, Málaga, 2008, págs. 1-4. Estudios más extensos en cuanto que abarcan la experiencia de Madrid y de otros Juzgados del territorio español a las que se extendió, los encontramos en VVAA, dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. Estudios de Derecho Judicial. Vol. 136, CGPJ. Madrid 2007; RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”. CGPJ, 2008 (informe a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ); y otro informe, RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Pilar; GARRIDO, Rosa María; GARCÍA CANALES, Julieta; Bibiano GUILLÉN, Alfonso; LOZANO Francisca; PASCUAL, Rafael; MORENO, Fátima; CUÑARRO, Carmen; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. “Justicia restaurativa. Análisis de una experiencia de MP en los órganos jurisdiccionales de Madrid (2005-2008)” Resumen. CGPJ. Ambos informes disponibles en: www.poderjudicial.es -Mediación.

En un principio se desarrolló en la fase de enjuiciamiento, para pasar después a las fases de instrucción y enjuiciamiento de faltas, y, por último, a partir de Enero de 2007, a la fase de ejecución. Por tanto, la mediación se producía en el contexto de un proceso abierto.

Para su ejecución se elaboró un protocolo de actuación que regulaba la mediación en las distintas fases del proceso⁶⁴⁵.

A la vista del éxito de esta experiencia, se fue extendiendo por el resto de la geografía española a un gran número de órganos judiciales⁶⁴⁶, y sirviendo como modelo para la implantación de la mediación penal (el proyecto piloto de Baracaldo, en el País Vasco, como ya se dijo, se inspiró en esta experiencia de Madrid); colaborando, así, a la expansión e impulso de la mediación penal.

La experiencia demostró que tanto para la selección de los casos como para el éxito de la mediación, el tipo de delito y su gravedad no son relevantes; resultan criterios más idóneos a tener en cuenta los aspectos subjetivos relativos al significado del hecho para las partes o las capacidades personales de cada una para participar en un proceso de estas características⁶⁴⁷. Por tanto, en principio, no se excluía como susceptible de mediación ninguna infracción penal, si no que se estaba a las circunstancias de cada caso, sobre todo a la posición emocional de cada una de las partes para ver si es posible o no la mediación, descartándose el criterio en la gravedad del hecho⁶⁴⁸.

Por otro lado, permitió constatar que las víctimas no son vindicativas y que su interés por ser reparadas no se reduce exclusivamente al aspecto económico⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ El protocolo de actuación se recoge en las conclusiones del Curso de formación del CGPJ celebrado del 1 al 3 de Octubre de 2007 en Madrid: RÍOS MARTÍN, J, y OLAVARRIA IGLESIA, T “*Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre Alternativas a la judicialización de los conflictos*” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. VVAA dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C, CGPJ. Estudios de Derecho Judicial Vol. 136, 2007, pág. 276 a 302, y en RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*...ob.cit. págs 153-173.

⁶⁴⁶ Entre los primeros que acogieron esta experiencia se hallan el Juzgado de Instrucción 32 de Madrid, Juzgado de Ejecuciones 4 de Madrid, Juzgado de Instrucción 3 de Pamplona, Juzgado de Instrucción 13 de Sevilla, Juzgado de Instrucción 2 de Calatayud, Juzgado de Instrucción 4 de Zaragoza, Juzgado de lo Penal 3 de Jaén, Juzgado de lo Penal 2 de San Sebastián, Juzgado de Instrucción 1 de Bilbao.

⁶⁴⁷ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal*...ob.cit. pág. 362.

⁶⁴⁸ Y así se concluyó en el Encuentro de marzo de 2007 celebrado en la sede del CGPJ entre magistrados, fiscales, profesores de universidad, abogados y mediadores. Vid. “*Conclusiones del encuentro de marzo de 2007 en la sede del CGPJ*.” en RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis* ...ob.cit. pág. 206.

⁶⁴⁹ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones*...ob.cit. pág. 54. Según pone de manifiesto Pascual Rodríguez, lo que más interés ha generado entre las víctimas han sido las motivaciones no económicas, seguidas de las ganancias mixtas -económicas y no económicas- y, por último, sólo en el 28% de los casos las personas víctimas han puesto por encima de todo la utilidad económica (las víctimas más jóvenes). Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal*...ob.cit.

El programa, por lo que se refiere a la víctima, se planteaba tres objetivos⁶⁵⁰, a saber: la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de su reiterada llamada como testigo.

Las ventajas para la víctima quedaron patentes por el cumplimiento de estos tres objetivos a lo largo de la experiencia, cuyo balance se valora como muy positivo⁶⁵¹. Así, éstas lograban la indemnización de manera rápida y eficaz, eran escuchadas y, mediante la potenciación del diálogo, dándole protagonismo a la víctima, se resolvía el problema de la victimización secundaria⁶⁵².

Llama la atención el hecho de que el 92% de los acuerdos se cumplió en su totalidad⁶⁵³. Ese alto porcentaje de cumplimiento es debido a que las partes siempre pactaban aquello que podían cumplir.

También es destacable que en más del 70% de las mediaciones finalizadas con acuerdo, no solo se lograba la terminación del conflicto en el caso mediado sino también sus efectos positivos se extendían a otros procedimientos judiciales existentes entre las mismas partes⁶⁵⁴.

pág. 385.

⁶⁵⁰ Vid. PASCUAL E, RÍOS, J, SAEZ, C y SAEZ R, “Una experiencia de mediación en el proceso penal”, Boletín Criminológico nº 102, En/Febr. Málaga 2008, pág. 4. También *Conclusiones del Curso la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a fiscales y jueces de familia y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Fiscalía General del Estado. Cursos de formación continua 2006. 6,7,8 noviembre 2006. (Directores, ámbito penal: Justino Zapatero Gómez, fiscal. Tribunal Superior de Justicia De Madrid. Ramón Sáez Valcárcel. Magistrado. Juzgado de lo Penal 20 de Madrid), págs. 186-187, y *Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del Curso sobre Alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Fiscalía General del Estado. Cursos de formación continua 2006. 1, 2 y 3 de octubre, 2007. (Directores ámbito penal: Julián Ríos y Teresa Olavarria), pag 193; ambas *Conclusiones* se recogen en RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis...ob.cit.

⁶⁵¹ Así lo declaran todos los estudios sobre la experiencia de Madrid. A título de ejemplo, vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La Mediación Penal, una metodología...ob.cit. pág. 1759. En igual sentido, SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La mediación reparadora...ob.cit.pág.38. RÍOS MARTÍN, J.C, CGPJ. Estudios de Derecho Judicial Vol. 136, 2007, pág. 276 a 302, y en RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis...ob.cit. pág.126-133. De hecho, de los análisis de las encuestas de satisfacción realizadas, se infiere que la mediación penal cumple las funciones para las que fue creada no solo a nivel legal sino también a nivel emocional. Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal...ob.cit. pág.389*.

⁶⁵² Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La Mediación Penal, una metodología judicial para...ob.cit. pág. 1767-1770. En igual sentido, SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La mediación reparadora...ob.cit.pág.38.

⁶⁵³ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis...ob.cit. pág.150, y PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal...ob.cit. pág. 365*.

⁶⁵⁴ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “Justicia

Para terminar, hay que señalar que la actividad mediadora en la Comunidad Autónoma de Madrid continúa su andadura. Como ejemplo de ello, se continúa llevando a cabo un programa de “mediación penitenciaria y otras prácticas restaurativas”, iniciado en 2005, en el Centro Penitenciario Madrid III, Valdemoro, ejecutado por Asociación de Mediación y Pacificación⁶⁵⁵. Esta labor convierte al Centro Penitenciario Madrid III, Valdemoro, en la primera prisión restaurativa española; experiencia a la que se han sumado cada vez más, de forma que en la actualidad hay quince centros penitenciarios en España donde un equipo de profesionales de la mediación, asumen o han asumido iniciativas.

La mediación penitenciaria es, pues, muy reciente pero ha tenido avances notables, según los resultados de varios servicios, ya que el 50% de las mediaciones iniciadas finalizan con un acuerdo positivo y, además, los servicios de mediación que se implantan son evaluados favorablemente⁶⁵⁶.

1.3.e) Castilla y León

Como se dijo, la experiencia piloto de Madrid se extiende también a otros lugares de España, como Burgos en donde en el año 2006 se crea el Servicio de Mediación Penal de Castilla y León.

El Servicio se gestiona por la Asociación para la Mediación y Pacificación de Conflictos (AMEPAX) en estrecha colaboración con la Fiscalía, el Tribunal Superior de Justicia y algunos Juzgados.

El mayor problema al que se enfrenta para su funcionamiento es la falta de apoyo económico puesto que carece de éste de forma estable. Este hecho incide negativamente en el desarrollo e implementación de la mediación penal en esta CCAA, de forma que el volumen de asuntos que atiende es mínimo (26 en 2012). Pese a ello, el Servicio continúa funcionando y cada año publica la correspondiente Memoria⁶⁵⁷.

restaurativa y mediación penal. Análisis...ob.cit. pág.150, y SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “La mediación penal. Conclusiones...ob.cit. pág.134.

⁶⁵⁵ Toda la información acerca de los objetivos de esta actividad penitenciaria, la metodología empleada para la realización de la mediación y el desarrollo detallado del proceso pueden encontrarse en J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, X. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, A. BIBIANO GUILLÉN, F. LOZANO ESPINA *La Mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. COLEX. Madrid, 2012 (3ª ed.). Y cada año se publican las Memorias sobre la actividad, que recogen los resultados de las distintas prácticas restaurativas realizadas.

⁶⁵⁶ *Vid.* PASTOR SÉLLER, Enrique y HUERTAS PÉREZ, Elena. “La mediación penitenciaria como método alternativo de resolución de conflictos entre internos en el ámbito penitenciario” *Revista Derecho*. Vol. 8 No. 2, 2012 (Julio- Diciembre), pág. 152.

⁶⁵⁷ Todas ellas disponibles en la página web de AMEPAX.

Se ha constatado⁶⁵⁸ que no resulta recomendable establecer un *numerus clausus* de infracciones que pueden ser susceptibles de un proceso restaurativo, puesto que su idoneidad depende no tanto de la clase, sino de las condiciones del caso y las circunstancias de las partes, de forma que los datos importantes a tener en cuenta para derivar el caso a un proceso restaurativo son la voluntad de la víctima y la del infractor, si ambos quieren participar de forma voluntaria, los posibles efectos positivos para la víctima (si va a ser bueno para la víctima, va a poder superar su trauma, reivindicarse, ser oída...).

Igualmente se concluye que la mayoría de las víctimas tienen una serie de necesidades no pecuniarias. En la mayoría de los casos, para sentirse reparadas necesitan superar el delito, recibir una disculpa por parte del infractor y que el denunciante realice un compromiso serio de no volver a delinquir o a realizar la conducta contraria a derecho, es decir, la mayoría opta por una reparación moral y moral y de actividad⁶⁵⁹. Así, en 2012 el 98% de los acuerdos derivó en reparación de tipo moral (reconocimiento del hecho y asunción de responsabilidad por el infractor), junto con otra actividad y/o económica (compromisos o pactos de convivencia, de no agresión...destinados a impedir futuras infracciones)⁶⁶⁰.

De la satisfacción de los intervinientes, especialmente de las víctimas, queda, también, constancia a lo largo de la experiencia llevada a cabo por este Servicio de Mediación Penal.

1.3.f) Valencia

Valencia es otro de los primeros lugares en los que se llevaron a cabo experiencias piloto, iniciándose en el año 1993 un programa de mediación de adultos para delitos y faltas en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia, con la colaboración de la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Vid. entre otras, Memoria de 2011 del Servicio de Mediación penal de Castilla y León (Burgos), pág. 72.

⁶⁵⁹ Vid. Memoria de 2011 del Servicio de Mediación penal de Castilla y León (Burgos), pág. 74, dato que fue confirmado en Memoria de 2012, pág.72.

⁶⁶⁰ Los dos primeros años los acuerdos de tipo moral como, por ejemplo, petición de disculpas, ocupaban el mayor porcentaje de acuerdo. En el 2009 y 2010 hubo una evolución y la mayoría de los acuerdos fueron morales, y morales y actividad, ya que las víctimas además de la petición de disculpas, desean sentirse seguras, este sentimiento de seguridad se transmite en acuerdos de no volver a delinquir, no volver a acudir a determinados lugares...es decir además de un arrepentimiento, desean que los infractores se comprometan a realizar una actividad reparatoria ya sea de carácter simbólico o de carácter material. Y cada año disminuía el número de acuerdos con contenido exclusivamente económico, de manera que en 2012 quedó reducido a un 2%.

⁶⁶¹ Un estudio de este programa lo encontramos en GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, y DE JORGE MESAS, Luis F, “Mediación: 1ª experiencia de adultos en España”. Colección Revista Poder Judicial nº 40. Vol. 40 Octubre-Diciembre 1995, pág. 309-328. También publicado en *Cuadernos de política criminal*. nº 66. (Instituto Universitario de Criminología de Madrid). Edit. Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.

Sin embargo, esta experiencia se vio truncada por la falta de medios económicos.

Interesa resaltar que el 66,66^o% de las víctimas seleccionadas solicitaban como forma de resarcimiento el reconocimiento y cambio de conducta del infractor (con o sin tratamiento médico-psicológico), frente a un 16%, que demandaban restitución económica⁶⁶². El balance de la experiencia, pese a su corta vida, fue positivo.

No obstante, las experiencias piloto puestas en marcha por el Consejo General del Poder Judicial se extienden a Alicante, y en Septiembre de 2007 comenzó a desarrollarse un programa de mediación penal reparadora, entre personas adultas, por la Audiencia Provincial de Alicante⁶⁶³ con la colaboración de la Diputación y la Consejería de Justicia.

El desarrollo de este programa fue asumido por el Juzgado de lo Penal Número 2 de Alicante, mediante la firma del Protocolo en fecha 17 de Septiembre de 2007, *de Actuación del equipo de mediación penal reparadora de la Audiencia Provincial en colaboración con la Diputación Provincial y la Consejería de la Generalitat Valenciana* que regula las distintas actuaciones a realizar por los profesionales adscritos al Equipo de Mediación Penal de la Oficina de Medidas Alternativas de la Audiencia Provincial de Alicante con respecto a los expedientes remitidos por el Juzgado de lo Penal Número 2 de Alicante, derivados de procedimientos penales competencia de dicho juzgado, y seleccionados como idóneos por su titular⁶⁶⁴.

Apenas comenzó dio resultados positivos, llegándose a alcanzar un 70% de acuerdos satisfactorios, incluso en asuntos como violencia doméstica (excluida la violencia sobre la mujer), acoso sexual, lesiones e impago de pensiones alimenticias, y quedando probada su eficacia como medio de resolución de conflictos entre las partes.

Madrid 1998. Pág.727-742. Fueron precisamente los autores del artículo quienes, en su calidad de Directora de la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito de Valencia y de Magistrado-Juez de Instrucción, respectivamente, llevaron a cabo el experimento.

⁶⁶² Vid. GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, y DE JORGE MESAS, Luis F, “*Mediación: 1ª experiencia...ob.cit.*” pág. 318.

⁶⁶³ Que lo llevó a cabo a través de la Oficina Judicial de Coordinación Institucional, adscrita a su Presidencia. Esta Oficina, creada en Octubre de 2006, amplió, así, en Septiembre de 2007, sus competencias a fin de desarrollar la función de mediación penal reparadora.

⁶⁶⁴ Un análisis de los protocolos y de los resultados de la experiencia piloto realizada, desde septiembre de 2007, en la Oficina Judicial de Coordinación Institucional de la Audiencia Provincial de Alicante, lo encontramos en HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo y CUÉLLAR OTÓN, Pablo, “*Mediación Penal: Una Introducción metodológica*”. Revista del Instituto Univ. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV. ReCrim2010. 31/12/10, págs 58-96. ISSN 1989-6352.

Disponible en <http://www.uv.es/recri/recri10/recri10n01.pdf>. También puede consultarse CUÉLLAR OTÓN, C., “*La experiencia en mediación penal en Alicante*”, Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario”, 2009, n° 56; HERNÁNDEZ RAMOS, C. “*Implantación en las Audiencias Provinciales de las Oficinas de Medidas Alternativas a la Prisión*”. Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, 2007, N° 44; y el estudio más reciente: CUÉLLAR OTÓN, José Pablo, HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo y MAGRO SERVET, Vicente. *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*. Editorial Club Universitario, 2011 (14 junio 2011). ISBN:9788499484198.

A la vista de estos buenos resultados, los profesionales que intervinieron⁶⁶⁵ aconsejan decididamente seguir ahondando en las experiencias de este tipo, así como se muestran partidarios de la institucionalización de la mediación penal.

1.3.g) Navarra

El Servicio de Mediación Penal comenzó a implantarse en Navarra en 2006. En 2009 se ofreció en todos los juzgados de Instrucción y de lo Penal de Pamplona; en 2011 se extendió al partido judicial de Aoiz; y en 2012 a la Audiencia Provincial de Pamplona, así como, de modo extraordinario y ocasional, a los partidos judiciales de Estella y de Tafalla.

El servicio es prestado por una entidad privada, la Asociación Navarra de Mediación (ANAME), si bien, como en los casos anteriores, es financiado por el Gobierno navarro.

El procedimiento es voluntario y gratuito y se enmarca dentro de un proceso penal de forma que, en caso de acuerdo entre las partes, éste es validado por el juez para aportarle los mismos efectos que una sentencia.

El éxito del programa se traduce en un incremento, cada año, de los casos remitidos a mediación⁶⁶⁶, así como en el elevado porcentaje de mediaciones que finalizan con éxito, evitando la celebración de juicio⁶⁶⁷. De ahí que pueda afirmarse que la mediación, en estos casos, resulta satisfactoria para las partes.

Los acuerdos conllevan, principalmente, una disculpa formal por parte del infractor y el respeto mutuo; en menor medida, el pago a la víctima, la prohibición de acudir a ciertos lugares, la renuncia a acciones civiles y las reparaciones simbólicas, lo que demuestra, nuevamente, que el interés de la víctima no suele ser un interés económico o material.

1.3.h) Andalucía

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, *de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía* reproduce el artículo 106-2º del Estatuto de Cataluña en cuanto al reconocimiento de la competencia de la Junta de Andalucía en materia de mediación⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ CUÉLLAR OTÓN, José Pablo, HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo y MAGRO SERVET, Vicente. *Mediación Penal. Una visión práctica...*ob.cit.

⁶⁶⁶ En el año 2012, el Servicio recibió 191 solicitudes e intervino en 110, lo que supone un incremento del 31,7% con respecto al año anterior, que se tramitaron 145 asuntos. Más información en www.navarra.es.

⁶⁶⁷ En 2012, el 81,8% de los actos concluyó con un acuerdo que evitó la celebración de juicio.

En Andalucía se vienen desarrollando varias experiencias desde el año 2007⁶⁶⁹. Estos programas se enmarcan en el proyecto que el Consejo General del Poder Judicial viene realizando a través del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial.

En la jurisdicción de menores comenzó a fomentarse desde el año 2002. Actualmente la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene contratos administrativos en materia de mediación penal con menores en todas las provincias andaluzas.

En fecha 3 de Noviembre de 2009⁶⁷⁰ se crea por Acuerdo del Consejo de Gobierno la Fundación Pública Andaluza Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía (Mediara)⁶⁷¹, adscrita actualmente a la Consejería de Justicia e Interior. Entre sus fines se establece la promoción de la mediación y el arbitraje, como formas de resolución de conflictos complementarias a la jurisdiccional, y la realización de las actividades que posibiliten un marco institucional en el que se realice la mediación y el arbitraje privados en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Esta institución abarca la mediación en las jurisdicciones laboral, civil y penal, quedando fuera de su ámbito los contenidos en materia de consumo y laboral.

En Andalucía la mediación, en general, y la penal, en particular, está poco desarrollada debido, como en otros lugares, a la falta de recursos económicos y voluntad política⁶⁷², y ello a pesar de que las pocas experiencias llevadas a cabo han puesto de manifiesto los beneficios que comporta para víctima, infractor y comunidad⁶⁷³, poniéndose de relieve que los acuerdos que más satisfacen a los perjudicados son los de contenido moral, como el reconocimiento de los hechos y la petición de disculpas.

1.3.i) Extremadura

De más reciente regulación que las anteriores, la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de Enero, *de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de*

⁶⁶⁸ Dispone el artículo 150: “Justicia gratuita. Procedimientos de mediación y conciliación. [...] 2. La Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia”.

⁶⁶⁹ Comenzó en Juzgados de Jaén el 17 de julio de 2007, seguida de Cádiz, en donde se inició el 10 de diciembre de 2009, posteriormente, Huelva en fecha 17 de marzo de 2011, Málaga el 8 de marzo de 2011, y más recientemente Granada en Junio de 2013.

⁶⁷⁰ BOJA n.º 225, de 18 de noviembre de 2009.

⁶⁷¹ Para más información, consultar página www.fundacionmediara.es.

⁶⁷² Para un estudio más detallado, consúltese www.mediacionandalucia.es.

⁶⁷³ En Málaga, por ejemplo, en 2011, el 70% de los casos terminó en acuerdo, en 2012 aumentó al 76% (de 153 casos que se derivaron). *Vid. Boletín informativo de la Secretaría General para la Justicia*, nº 10. Mayo 2013, Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, pág. 25.

Extremadura sigue la línea marcada por el Estatuto de Cataluña y se pronuncia en similares términos que éste sobre la competencia de la CCAA en mediación⁶⁷⁴.

En cuanto a la mediación en el ámbito penal, la única iniciativa habida lo ha sido en la provincia de Badajoz en donde, en el mes de mayo de 2012, se elaboró por parte del Consejo General del Poder Judicial un proyecto de convenio de colaboración para la puesta en marcha y desarrollo de un programa piloto de mediación penal en el que eran parte el propio CGPJ, el Ayuntamiento, la Fiscalía provincial, la Gerencia del Ministerio de Justicia, el Colegio de abogados, el Colegio de psicólogos y la Asociación de criminólogos. Sin embargo, este proyecto, no llegó a materializarse en convenio.

En las otras Comunidades Autónomas, la mediación penal que se desarrolla en el entorno intrajudicial, no tiene, al igual que en estas últimas citadas, especial relevancia y se halla aún dando los primeros pasos⁶⁷⁵.

1.4. CONCLUSIONES.

Del estudio de la mediación penal en cada una de las Comunidades Autónomas, se pueden extraer unos puntos en común a todas ellas, a saber:

1.-La mediación penal se entiende como medio complementario de la administración de justicia.

2.-La mediación se desarrolla en el ámbito intrajudicial, formando parte de un proceso penal en el que el Juez habrá de validar el acuerdo alcanzado.

3.- El servicio de mediación es gestionado por una entidad privada y financiado por el gobierno autonómico. Esto se traduce en una evidente desigualdad en la implementación de la mediación penal en el territorio español, dependiendo del grado de interés que tenga el gobierno autonómico en su divulgación y fomento.

4.- Generalmente, existe un protocolo en la Comunidad Autónoma que recoge el procedimiento de actuación en los procesos de mediación. Pero no en todas existe un protocolo y, de existir, no suele cumplirse en todos sus términos. En consecuencia, se aprecia una falta de coordinación entre las distintas instituciones y organismos que intervienen, de una u otra forma, en el proceso de mediación penal, de lo que se infiere la necesidad de su regulación a nivel estatal.

⁶⁷⁴ Establece el artículo 49, referente a las competencias, punto h): “*Establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de competencia autonómica. En particular, se crearán servicios de mediación familiar*”.

⁶⁷⁵ Sirva como otro ejemplo Aragón, en donde empezó a practicarse en el año 2007 y en la actualidad, se ofrece en solo dos juzgados de la capital aragonesa.

5.-Es el juez o Tribunal quien deriva el asunto a mediación, si bien de oficio o a instancia de parte, incluido el Ministerio Fiscal, y en otros casos, también a instancia de otras asociaciones o instituciones como el Servicio de Mediación Penal o el Servicio de Asistencia a la Víctima, salvo en Madrid que la derivación se hace mediante acuerdo del Juez y el Ministerio Fiscal, y Cataluña, que representa la excepción más destacada por cuanto el acceso a mediación puede realizarse directamente por el ciudadano.

No obstante, estos últimos supuestos son escasos; el desconocimiento de la mediación por la ciudadanía es uno de los factores que limitan considerablemente la expansión de la misma. De ahí que resulte imprescindible que las instituciones políticas y los operadores jurídicos se impliquen, con mayor intensidad, en la difusión e implementación de la mediación penal.

6.-Los criterios para remitir el asunto a mediación se basan más en las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la mediación (voluntad de las partes para someter el caso a mediación, equilibrio de poder entre ellas, capacidades personales, significación subjetiva del hecho delictivo...), que en la tipología delictiva o la gravedad de la sanción penal.

El único límite a tener cuenta ha de ser la voluntad y capacidad de las partes implicadas en los hechos, víctima e infractor, independientemente de la infracción cometida.

7.-No hay límites por razón de tipología delictiva o gravedad del hecho, salvo excepción, como las exclusiones de algunos delitos que, *a priori*, se establecieron en el País Vasco pero que luego han venido incorporando al comprobar sus resultados positivos.

8.-Cualquier fase del procedimiento -instrucción, enjuiciamiento y ejecución- es válida para ser remitido el caso a mediación. Dependiendo de la fase en la que se alcance el acuerdo de mediación, surtirá, en su caso, uno u otros efectos legales dentro del proceso penal.

9.-El procedimiento es voluntario y gratuito. Ambos datos constituyen características esenciales de la mediación.

10.-En general, es mayor el número de casos atendidos cuyos hechos son constitutivos de falta que de delito. Este dato pone de relieve, tal como señala Tamarit

Sumalla⁶⁷⁶, con criterio que comparto, la escasa confianza en la capacidad de la mediación para resolver conflictos de mayor gravedad.

11.-En cuanto a la tipología de los asuntos atendidos, predominan las amenazas, injurias y agresiones, seguidas de hurtos y robos.

12.-Se aprecia un alto porcentaje de acuerdos (en un 75,19% de los procesos terminados), lo que evidencia el éxito de la mediación penal.

13.-Existe un elevado índice en el cumplimiento voluntario del acuerdo alcanzado, lo cual es indicativo del alto grado de satisfacción de los usuarios de la mediación penal.

Las últimas estadísticas elaboradas indican que la mediación penal avanza, si bien tímidamente⁶⁷⁷, avalada por el éxito que se deriva de su alto índice de acuerdos y su grado de cumplimiento.

En definitiva, a pesar del obstinado incumplimiento por parte del legislador español de su obligación europea de regular la Mediación Penal⁶⁷⁸, lo cierto es que ésta se va abriendo paso a duras penas en el sistema judicial. En la práctica se viene introduciendo, en la medida de lo posible, a través de todos los agentes que operan en el ámbito judicial (jueces, fiscales, secretarios judiciales, mediadores, abogados, CGPJ, Ministerio de Justicia, Diputaciones Provinciales, gobiernos autónomos, etc.).

Sin embargo, tal como señala Ordeñana Gezuraga⁶⁷⁹, a pesar del mérito que ha de reconocérsele a las experiencias de mediación penal que tienen lugar en diferentes Comunidades Autónomas de España -y añadido: así como al esfuerzo de las personas que las hacen posible-, la mediación penal carece de una ordenación completa, sistemática y

⁶⁷⁶ TAMARIT SUMALLA, Joseph “*La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal*” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, op.cit. pág. 59. De ahí, considera también el autor, se deduce que las experiencias de mediación penal en España no han sido capaces de mostrar el potencial de la justicia restaurativa.

⁶⁷⁷En 2012 se han derivado un 18,30% más de causas que en 2011. Según los datos del año 2009, aportados a raíz del Proyecto del CGPJ, correspondientes a las Comunidades Autónomas de Andalucía, Madrid, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Navarra y País Vasco, el 80% de los expedientes (un total de 686) finalizó en acuerdo frente al 20% (170 expedientes) en los que no se alcanzó acuerdo. 495 expedientes se cerraron sin llegar a iniciarse el proceso de mediación; los tipos de infracciones, delitos o faltas, se concretan en amenazas, daños, hurto, injurias, lesiones, maltrato, quebrantamiento de condena, robo con violencia y otros; predomina el vínculo familiar entre víctima e imputado (26%) seguido de la situación de inexistencia de vínculo alguno (23%) y respecto a la duración del proceso de mediación oscila entre: menos de 30 días (31’3%), 30 y 60 días (51’1%), 61 días y 90 (6’2%) y más de 90 días (12’1%).

⁶⁷⁸ Si bien, en el ámbito civil y mercantil, en fecha 8 de Abril de 2011, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles y, posteriormente, fue publicada la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles; en el ámbito penal, en Julio de 2011, el ya citado Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en Febrero de 2013 se presenta el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborado por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, en los que se hace referencia a la mediación penal.

⁶⁷⁹ ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa que funciona*” en *XVII Congreso de Estudios Vascos...*ob.cit. pág. 1948.

coherente en nuestro ordenamiento jurídico y su falta de cobertura jurídica hace que la seguridad jurídica no sea rasgo distintivo de las experiencias mediadoras en el ámbito penal.

Es por ello que se reconoce doctrinalmente, de forma unánime, la perentoria necesidad de su regulación legal y de su implementación, tanto para dar una respuesta rápida y eficaz a las víctimas de infracciones penales como para conseguir un medio óptimo de reinserción y resocialización del infractor, además, según sostiene un sector de esta doctrina, de ayudar a descongestionar los Juzgados de su enorme carga de trabajo⁶⁸⁰, recuperando así la confianza del justiciable.

Sin embargo, para ello, resulta imprescindible un mayor y auténtico apoyo económico, así como un serio compromiso para el impulso y difusión de la mediación penal por parte de las instituciones políticas.

Tanto el proceso penal actual como el sistema de penas existente, desde mi punto de vista, resultan ineficaces a la Administración de Justicia, y, por tanto, es hora de dar entrada a otros métodos y probar otras alternativas que satisfagan o puedan satisfacer las necesidades y fines del Derecho Penal.

2. LA MEDIACIÓN PENAL EN LA LEGISLACIÓN.

Es preciso distinguir entre el proceso penal de menores y el de adultos, pues, mientras en el primero ya aparecen los primeros atisbos de regulación de la mediación penal dentro del proceso, en el segundo, en el ámbito penal de adultos, como ya se ha dicho, hay una ausencia total de la misma, si bien ya figura en España en “la Hoja de Ruta de la Modernización de la Justicia” elaborada por el Consejo General del Poder Judicial, aunque parece que, principalmente, con el ánimo de reducir la litigiosidad de los juzgados penales. También, como se comentó, va haciéndose referencia a ella en los Proyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborados de 2011 y 2013.

2.1. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LOS MENORES.

⁶⁸⁰ Por algunos de estos agentes se presenta la mediación penal como uno de los instrumentos más eficaces para cumplir el objetivo propuesto de reducir la litigiosidad. Así se recoge en el punto 6 de la Hoja de Ruta de la Modernización de la Justicia, Sin embargo, la práctica de la mediación intraprosesal ha puesto de manifiesto que la misma no interfiere notablemente en la tramitación de las causas penales y, por lo tanto, por sí sola no las agiliza. *Vid.* SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*Mediación Penal. Informe de evaluación y situación*”. Edit. Cuadernos Digitales de Formación Vol 60. CGPJ 2010.

Como señala Cámara Arroyo, la justicia penal juvenil, por sus especialidades, resulta ser un excelente marco para incluir los programas y mecanismos reparadores que postula el sistema restaurativo⁶⁸¹.

De ahí que en el ámbito de las legislaciones especiales de menores, la mediación entre el autor y la víctima sea una práctica habitual en la mayor parte de los países europeos, que han ido adaptando, de manera progresiva, sus legislaciones a las exigencias y recomendaciones de la normativa europea y de las Naciones Unidas⁶⁸².

No obstante, es preciso destacar que la mediación penal en el ámbito de la justicia juvenil, al igual que en la de adultos, se encuentra mucho más afianzada y normalizada en otros países europeos que en España; en especial, en los de tradición anglosajona, en los que la negociación y resolución de conflictos por acuerdo entre las partes forma parte de la cultura jurídica existente⁶⁸³.

En España, en lo que a legislación se refiere, la justicia juvenil permanecía anclada⁶⁸⁴ en la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948⁶⁸⁵ hasta que, tras el éxito del proyecto iniciado 1990 en Cataluña, que supuso la introducción de un nuevo modelo de justicia de menores, se publica la Ley Orgánica 4/92, de 5 de Junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.

Esta Ley introdujo la reparación a la víctima como una forma de desjudicialización y los servicios a la comunidad como una de las nuevas medidas incluidas dentro del catálogo de medidas de la Ley⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ Vid. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América latina”. Revista Justicia Restaurativa (RJR) N° 1 -Octubre 2011, pág. 51. El autor aclara, con acierto, que si bien la inclusión de la Justicia Restaurativa en los ordenamientos de justicia juvenil es necesaria, no resulta suficiente.

⁶⁸² Vid. DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “La Mediación Penal juvenil en Cataluña” Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil. Departamento de Justicia. Revista Restorative Justice Online. Barcelona 1998, pág. 5. Disponible en www.restorativejustice.org.

⁶⁸³ Vid. MARTÍNEZ SOTO, Tamara, “Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”. Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, n° 1, 2011, pág. 28. ISSN-e 1989-3892. En el mismo sentido, LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Mediación penal de menores en Inglaterra” en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia* (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009.

⁶⁸⁴ Tal como recuerdan José Dapena y Jaime Martín. Vid. DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “La Mediación Penal juvenil en Cataluña...ob.cit. pág. 9.

⁶⁸⁵ Ley que encarna fielmente los principios del positivismo y el correccionalismo, abandonados ya por las legislaciones europeas tras la segunda guerra mundial. Vid. DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “La Mediación Penal juvenil en Cataluña...ob.cit. pág. 9.

⁶⁸⁶ Vid. VVAA (dir. Pompeu Casanovas, Jaume Magre, M^a Elena Lauroba. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 664.

Posteriormente, se publica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁶⁸⁷, que, en palabras de Martínez Soto⁶⁸⁸, constituye la única muestra en la legislación española de la aceptación del compromiso de impulso de la mediación penal que desde la Decisión Marco de 2001 se trata de dar.

Esta Ley del Menor incorpora por primera vez en la legislación española los principios de Justicia Reparadora⁶⁸⁹, aunque, como se verá, no responde totalmente a sus características puesto que la Ley centra sus esfuerzos en la reeducación del menor infractor, pretendiendo responsabilizarlo de los hechos realizados, si bien potenciando aquélla con la reparación del menor hacia la víctima y propiciando la conciliación con ella o el compromiso de reparar el daño directa o indirectamente, pero no da a la víctima el protagonismo que merece⁶⁹⁰.

Apunta Barallat López⁶⁹¹ que da pie a considerar que la mediación que regula la Ley del Menor es una verdadera mediación penal el hecho de que el acuerdo entre víctima e infractor regulado sea el resultado de un procedimiento de mediación desarrollado por un organismo técnico independiente y distinto del Juez que ha de conocer del procedimiento jurisdiccional, acuerdo que una vez adoptado sustituye a cualquier eventual sanción judicial. No obstante, opino que ésta es solo una de las características de la mediación penal, por lo que su única concurrencia no la hace merecedora de tal calificación.

⁶⁸⁷ Cuyo precedente inmediato se encuentra en la Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Vid. CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 7, 2005, pág. 2. En el mismo sentido, vid. TAMARIT SUMALLA “La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, pág.75.

⁶⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ SOTO, Tamara, “Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo...ob.cit. pág.20.

⁶⁸⁹Vid. MARTÍNEZ SOTO, Tamara, “Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”. Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 1, 2011. ISSN-e 1989-3892, pág.22. Para Tamarit Sumalla esta Ley concede un amplio espacio a la justicia restaurativa, aunque no se refiere explícitamente a ella. Vid. TAMARIT SUMALLA “La articulación de la justicia restaurativa...ob.cit. pág.77.

⁶⁹⁰ La Exposición de Motivos aunque pone de relieve la importancia que se otorga a la reparación del daño causado y a la conciliación entre el infractor y la víctima, destaca que ello se hace en aras de favorecer la educación y resocialización del menor y la finalización del conflicto jurídico iniciado a causa de la infracción. Para este objetivo, la ley evoca el principio de intervención mínima, que permite, según los casos, la no apertura del procedimiento, el sobreseimiento del expediente iniciado o la finalización del cumplimiento de la medida impuesta.

⁶⁹¹ Vid. BARALLAT LÓPEZ, Juan, “La Mediación en el ámbito penal” en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013. ISSN 1696-6759, pág. 9.

La mediación penal en el ámbito de los menores tiene su reflejo⁶⁹² en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en concreto, en dos fases o momentos del procedimiento:

-Antes de la condena, durante la instrucción del procedimiento: se regula en el artículo 19, (ubicado dentro del Título III, titulado “De la instrucción del procedimiento”), que establece la posibilidad del sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, “en aras del principio de intervención mínima” y “en un claro predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social esencialmente basada en la prevención general”⁶⁹³.

Se introducen en este precepto los principios de la Justicia Reparadora, al darle mayor protagonismo a la víctima⁶⁹⁴ -con quien ha de conciliarse el menor reconociendo el daño causado y disculpándose ante ella, de tal forma que ésta ha de aceptar sus disculpas para que la conciliación tenga efecto, o bien el menor ha de comprometerse con la víctima a realizar determinadas actividades socio-educativas, que habrá de llevar a cabo de forma efectiva, en beneficio de ésta o de la comunidad-, e incorporando el principio de oportunidad, de forma que se dota al Ministerio Fiscal de la facultad de disponer del ejercicio de la acción penal en determinadas situaciones, pudiendo desistir de la continuación del expediente⁶⁹⁵, dar por concluida la instrucción⁶⁹⁶ o continuar la tramitación del expediente⁶⁹⁷. También se incorpora el principio de oportunidad en el art.

⁶⁹² Con las limitaciones y especiales características que se señalaran, y además teniendo en cuenta que no se trata de una regulación expresa, sino de una “referencia indirecta”, en terminología utilizada por Domingo de la Fuente en DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. DOMINGO DE LA FUENTE). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, pág.71.

⁶⁹³ Así se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la citada Ley, punto 13.

⁶⁹⁴ Si bien, como ya se ha señalado, supeditado este protagonismo al fin último que persigue esta Ley: la reeducación del menor.

⁶⁹⁵ El artículo 19-1 de la LRPM establece que “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 solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.

⁶⁹⁶ Dispone el art.19-4 que, “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”

⁶⁹⁷ Conforme al art.19-5 de la LRPM, “en el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”.

18 en cuanto establece la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista, en este caso, de la incoación del expediente⁶⁹⁸.

El proceso de mediación suele tener lugar en esta fase más que en la de ejecución, en concreto, antes de la comparecencia del menor ante el juez, preferentemente a través de un encuentro directo entre el menor infractor y la víctima⁶⁹⁹.

La conciliación con la víctima y la reparación cobran, pues, especial importancia - aunque, repito, en realidad, no como medio para satisfacer a la víctima, sino como medio de reeducación del menor- .

La Ley se encarga de definir ambos conceptos⁷⁰⁰. Así, entiende por 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”⁷⁰¹.

De esta forma, la conciliación supone, a efectos de esta Ley, el reconocimiento del daño causado y la petición de disculpas por parte del menor a la víctima y su aceptación por ésta⁷⁰².

Sin embargo, la Exposición de Motivos hace referencia a que “el menor efectivamente *se arrepienta* y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su *perdón*”, terminología que es duramente criticada por Tamarit Sumalla al considerar que

⁶⁹⁸ El artículo 18 regula el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, de forma que “*El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado*”.

⁶⁹⁹ Vid. CLEMENTE, Esteban y LÓPEZ LATORRE, M^a Jesús, “*Programas de Mediación en el ámbito penal juvenil*”. Boletín Criminológico nº 21, En/Febrero 2001, pág. 4.

Disponible en www.uma.es/estudios/propias/criminología.

⁷⁰⁰ Para mayor información sobre este tema puede consultarse, entre otros, CRUZ MÁRQUEZ, B., “*La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño...*ob.cit., en el que la autora aborda el estudio de la mediación en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, analizando concretamente las figuras de la conciliación y la reparación del daño y su relación con el resto de medidas previstas en la citada Ley.

⁷⁰¹ Art.19-2º de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

⁷⁰² Entiende Cruz Márquez, en opinión que comparto, que el hecho de que no se produzca la aceptación de disculpas, no impide que se reconozcan efectos procesales a la participación del menor en un procedimiento de mediación, siempre y cuando ello sea debido a causas ajenas a la voluntad del menor. Y ello porque la participación del menor en un proceso de mediación favorece el aprendizaje para la asunción de responsabilidades a través del reconocimiento del daño causado y la solicitud de disculpas a la víctima. Vid. CRUZ MÁRQUEZ, B., “*La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*ob.cit. pág. 5.

se trata de conceptos de *corte moralista*, lo que resulta “*desacertado, desorientador y poco coherente con el sentido de reparación articulado en la esta Ley*”⁷⁰³.

Con esta dicotomía surge la polémica en la doctrina en torno a la necesidad o no del arrepentimiento y el perdón; doctrina que, de forma mayoritaria, en opinión que comparto, se inclina por entender que no son exigibles dado que en el articulado no se hace referencia alguna a estos términos⁷⁰⁴.

Pero es en la reparación, entiende Domingo de la Fuente⁷⁰⁵, donde se incorpora la mediación penal, para facilitar la reparación a la víctima directa o la reparación a la sociedad en general, como víctima indirecta de los delitos, con los trabajos en beneficio de la comunidad⁷⁰⁶.

Por otra parte, la Ley del Menor establece una importante limitación a la mediación penal en la fase de instrucción del expediente, y es que ésta únicamente será aceptable ante hechos que constituyan delitos menos graves o faltas⁷⁰⁷, por lo que impide, en principio, que tenga efectos legales dentro del procedimiento en los casos que constituyan delito grave.

Esta es otra de las cuestiones sobre las que la doctrina ha volcado, con razón, sus críticas. Es una opinión generalizada considerar que la exclusión de los delitos graves del art.19 debe ser suprimida, dando cabida a todos los delitos independientemente de su gravedad y tomando en consideración para la derivación del caso a mediación las características concretas de cada caso particular: la naturaleza y circunstancia de los hechos, la posición emocional y las condiciones de igualdad en que se encuentren las

⁷⁰³ Cfr. TAMARIT SUMALLA “*La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal...*ob.cit. pág.76.

⁷⁰⁴ Entre los autores que excluyen su exigencia, vid. TAMARIT SUMALLA “*La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal...*ob.cit. pág.76; CRUZ MÁRQUEZ, B., “*La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 7, 2005, pág.5. En sentido contrario y citado por la anterior autora, PERIS RIERA, Jaime, “*El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la L.O. 5/2000*”, LL, 2001 (2), p. 1649.

⁷⁰⁵ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Contexto teórico-práctico de la justicia...* ob.cit. pág.71.

⁷⁰⁶ No obstante, la autora critica la distinción entre conciliación y reparación del daño ya que se asocia conciliación con petición de disculpas por el infractor y mediación penal a reparación del daño, sin embargo dentro de un proceso de mediación penal se puede contemplar las disculpas del infractor. Por otro lado, considera, tampoco se puede equiparar del todo reparación y mediación penal. A pesar de estos matices, la autora concluye que este artículo en la ley de responsabilidad penal del menor ha favorecido la mediación penal tanto en este ámbito como en adultos. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Contexto teórico-práctico de la justicia...* ob.cit. pág.72.

⁷⁰⁷ Artículo 19-1º último párrafo. “*El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta*”.

partes, la significación subjetiva de los hechos o la significación jurídico-penal de la conducta⁷⁰⁸.

Es preciso aclarar, tal como hace Tamarit Sumalla⁷⁰⁹, que la exclusión de delitos graves del art.19 no impide que se lleve a cabo el proceso de mediación sino el sobreseimiento, por lo que los resultados de la mediación, de celebrarse, pueden ser tenidos en cuenta por el Ministerio Fiscal en el momento de solicitar las medidas a imponer al menor o por el Juez al dictar sentencia.

-Después de la condena, durante la ejecución: se recoge en el art.51-3º de la Ley al conceder al Juez de Menores la facultad de dejar sin efecto la medida impuesta por conciliación entre el menor y la víctima⁷¹⁰.

Se trata de dejar sin efecto las medidas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas por el juez.

Cuando el proceso de mediación se celebra en fase de ejecución, a diferencia de lo que ocurre en la fase de instrucción, no existe la restricción dispuesta para los delitos más graves.

Martínez Soto⁷¹¹ se muestra contrario a que la mediación penal solo esté contemplada en estas dos fases del proceso judicial y no se pueda producir durante el desarrollo del mismo, al considerar que el no tener el menor esta oportunidad en ese momento procesal, contraviene el interés del mismo y hace dudar sobre la verdadera realidad de las disculpas y la buena voluntad y reeducación del menor.

No obstante, y siendo lo deseable que se regule expresamente la posibilidad de celebrar la mediación en cualquier momento del proceso judicial, considero que, aunque no esté expresamente recogida en la Ley, tampoco está prohibida, y por tanto, la mediación podría producirse en cualquier fase del proceso penal, quedando, eso sí, a

⁷⁰⁸ En este sentido, *vid.* CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación...ob.cit. pág.18; TORRADO TARRÍO, Cristina, “Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 n° 4, 2012, pág.85; TAMARIT SUMALLA “La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal...ob.cit. pág.81.

⁷⁰⁹ *Vid.* TAMARIT SUMALLA “La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal...ob.cit. pág.81.

⁷¹⁰ Conforme a este precepto, “La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

⁷¹¹ *Vid.* MARTÍNEZ SOTO, Tamara, “Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”. Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, n° 1, 2011. ISSN-e 1989-3892, págs. 23, 27, 35 y 36.

criterio del Ministerio Fiscal y finalmente del Juez la consideración de reflejarlo en la petición, para el primero, y la imposición, para el segundo, de la medida a cumplir por el menor.

En definitiva, el proceso de mediación penal en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores viene a coincidir, salvo concretas diferencias, con los esquemas seguidos por otras legislaciones europeas en materia de responsabilidad de menores⁷¹², de forma que sigue un modelo especialmente orientado a evitar que los jóvenes entren en la justicia penal, enmarcándose en el contexto de desjudicialización propiciado por las Reglas de Pekín.

La mediación responde, en este contexto, más a fines educativos cuyo objetivo prioritario es el menor infractor, tendiendo más a mejorar la respuesta penal frente al menor, que a la voluntad de ofrecer mayor satisfacción a la víctima, quien, de hecho, hasta la reforma operada por Ley 15/2003, carecía del derecho a ejercer las acciones penales y ya por Ley 8/2006, de 4 de Diciembre se refuerzan los derechos de las víctimas reconociéndole otros derechos como el derecho a ser informadas de las resoluciones que le afecten aunque no estén personadas en la causa⁷¹³.

La mediación penal de menores se entiende en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, integrado en el procedimiento judicial⁷¹⁴ y, su regulación en la Ley de Responsabilidad del Menor -aunque no se refiere a ella de forma expresa-, si bien se considera adecuada por algún sector de la doctrina⁷¹⁵, lo cierto es que, en general, presenta numerosas deficiencias, resultando, en palabras de Tamarit Sumalla, “*parca y equívoca en algunos aspectos*”.

No responde, como se comentó, a los principios básicos de la Justicia Restaurativa, en especial, por lo que respecta al tratamiento de la víctima, cuyos intereses

⁷¹² Entre otros, vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*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?*”. Revista Penal nº 18. Julio 2006. Edit. Praxis, Barcelona, pág 64; TAMARIT SUMALLA “*La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal*” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, pág.75; GIMENEZ SALINAS COLOMER, Esther, “*La mediación en el sistema de justicia juvenil*”. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, nº 10. San Sebastián, 1996, pág.201; CLEMENTE, Esteban y LÓPEZ LATORRE, M^a Jesús, “*Programas de Mediación en el ámbito penal juvenil*”. Boletín Criminológico nº 21, En/Febrero 2001, pág.2.

⁷¹³ Vid. TAMARIT SUMALLA “*La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal...*ob.cit. pág. 76-77. Igual consideración destacan Esteban Clemente y M^a Jesús López en CLEMENTE, Esteban y LÓPEZ LATORRE, M^a Jesús, “*Programas de Mediación en el ámbito penal juvenil*”. Boletín Criminológico nº 21, En/Febrero 2001, pág. 4, www.uma.es/estudios/propias/criminología.

⁷¹⁴ TORRADO TARRÍO, Cristina, “*Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos...*ob.cit. pág. 85.

⁷¹⁵ Vid. GARCÍA PÉREZ, Octavio, “*La Mediación en el sistema español de Justicia penal de menores*”. Revista Criminalidad nº 2.Vol.53. 2011, pág. 95.

continúan quedando al margen, reconociéndosele solo un valor instrumental, mientras sigue siendo utilizada como medio para alcanzar otros fines⁷¹⁶.

En la práctica, sí ha de reconocerse que, según los estudios realizados⁷¹⁷, los niveles de reincidencia de los menores que se someten a la mediación son muy bajos, de manera que, en su mayoría, evita que los menores vuelvan a delinquir., lo que, en definitiva, repercute positivamente en la víctima y en la comunidad. █

2.2. EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PARA ADULTOS.

Aún cuando la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, regula de forma deficiente la mediación penal, no deja de tener importancia por cuanto es la primera Ley española que se refiere a ella, aunque no lo haga de forma expresa.

Sin embargo, no existe en el ámbito de la Justicia para adultos una regulación similar⁷¹⁸.

Más bien, al contrario, se hace una referencia a la mediación penal entre adultos para prohibirla expresamente y de forma absoluta en materia de violencia doméstica y de género, en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de Diciembre de 2004; prohibición que ha sido criticada, como más adelante se verá, por la mayoría de los autores.

Con la ya citada Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, surgió la necesidad de incorporar el sistema de mediación penal al Derecho Penal de adultos como medio de resolución de conflictos. Posteriormente, esta necesidad fue confirmada y reiterada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se

⁷¹⁶ En el proceso penal de adultos, como prueba de cargo para, finalmente, culpar al infractor, y en el proceso de menores como medio para que éste logre su reeducación.

⁷¹⁷ Vid. GARCÍA PÉREZ, Octavio, “*La Mediación en el sistema español*” ob.cit., pág. 95.

⁷¹⁸ Se queja expresamente de esta falta de regulación en el ámbito de los “mayores” Lorenzo del Río, quien, al tratar de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, dice que “*no hay razones de fondo que impidan el acercamiento con “mayores” y permitir mayor juego al principio de oportunidad en el proceso penal*”. Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El Reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad*”, Diario La Ley, nº 6520, 6 de Julio de 2006, op.cit pág.7. En iguales términos se expresa en DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*Mediación y Cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal*” (Texto de la conferencia inaugural impartida el día 20 de Octubre en las *I Jornadas Técnicas de Mediación. Nuevos enfoques de la Justicia* convocadas por la Fundación Mediara. 20-21-October de 2011. Puerto de Santa María (Cádiz). Revista 1. Tribuna. Fundación Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía. Consejería de Justicia e Interior. 1-9-2012, pág. 7.

Disponible en fundacionmediara.com y en <http://es.scribd.com/doc/73355036>.

establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y que sustituye a la anterior citada.

Para dar entrada a la Justicia Restaurativa en general y a la Mediación Penal, en particular, en el proceso penal español se considera imprescindible llevar a cabo reformas, tanto de las leyes procesales como de las penales, mediante las que, entre otras cosas, se desmarcan al principio de oportunidad, se mejoren el reconocimiento legal y los efectos que puedan tener los acuerdos obtenidos en un proceso restaurativo, se le confieran mayores efectos legales a la reparación a la víctima y se establezca un método de determinación de la pena más flexible⁷¹⁹.

No obstante, por lo que se refiere a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se publicó, en la legislatura presidida por el PSOE, en 2011, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En él se regulaba, de forma específica, y dando ya cumplimiento a lo dispuesto en la Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001 de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, la mediación penal como forma de resolución de conflictos.

⁷¹⁹ Son numerosos los autores que han efectuado propuestas de reforma tanto del Código Penal como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entre las novedades a introducir, citamos aquí, a título de ejemplo, las propuestas por Lorenzo del Río, que aboga por: A) mayor incidencia del principio de intervención mínima. B) despenalización de las pequeñas infracciones. C) la sustitución del proceso penal por técnicas de mediación y conciliación entre el delincuente y la víctima, que propendan a la confrontación víctima/victimario, con la intervención de un mediador que sustituya la normal conclusión del actual sistema (la pena) por una serie de efectos, entre los que ostenta prioridad indiscutible la obtención de una satisfacción, económica o de otro tipo, para la víctima. D) el principio de oportunidad en la acusación pública, que se define como aquél en virtud del cual se atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de no ejercitar la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, concurriendo determinados requisitos o presupuestos legalmente establecidos. Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, *“Mediación y Cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal...ob.cit. pág.7.* También Mercedes Heredia Puente realiza una propuesta de reformas procesales y penales, señalando unas líneas generales sobre las que han de versar estas reformas. *Vid. HEREDIA PUENTE, Mercedes “Perspectivas de Futuro en la Mediación Penal de Adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”.* Diario La Ley nº 7257, Sección Doctrina, 7 de Octubre de 2009. Año XXX, págs 8 a 10. En el ámbito de reformas de preceptos concretos ya en el año 2006, un grupo de estudiosos propusieron unas modificaciones que a grandes rasgos, son: en el Código Penal: A) Necesidad de incorporación de una atenuante específica en el art.21, consistente en la atenuación de la responsabilidad por conciliación de la víctima con el agresor a través de un proceso de mediación. B) En cuanto a la punición de algunas faltas, incorporar la posibilidad de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por conciliación a través de la mediación. C) Modificación del art.80 del CP estableciendo la posibilidad de otorgar la suspensión de las penas de prisión de una duración hasta tres años, con base a la conciliación alcanzada a través de la mediación. En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Se referirían a una serie de cuestiones, datos y principios relativos a la mediación dentro del proceso penal, tales como la definición de mediación, los principios informadores del proceso de mediación, la competencia de los Jueces y Tribunales para autorizar la mediación y para incorporar los acuerdos al proceso penal, las reglas del proceso de mediación, las consecuencias del acuerdo en el desarrollo del proceso, admitir la posibilidad de la mediación en faltas y en todas las fases del proceso penal, habilitar al fiscal por el ejercicio del principio de oportunidad, así como regular los equipos de mediación y los profesionales que lo componen. Estas modificaciones son las propuestas, de forma más amplia, por RIOS MARTÍN, JC, PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso en *La mediación penal y penitenciaria.* Edit. Colex. Madrid, 2006.

El Anteproyecto, en cuanto a la Mediación, dejaba claro que no es una renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. El Ministerio Fiscal sería el encargado de impulsar, a través de la Mediación y con consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo. Disponía que el resultado de la mediación podía llevar a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o a una sentencia condenatoria en el marco de la conformidad premiada, o en caso de falta de acuerdo, a la continuación del procedimiento penal.

En el Juicio Oral sería el Tribunal de enjuiciamiento quien podía someter el proceso a mediación cuando lo solicitaran todas las partes (art.160), con aplicación de la atenuante de reparación del daño en sentencia en el supuesto de que la Mediación llegara a buen fin.

Más recientemente se ha elaborado, en Marzo de 2012, un Proyecto de Código Procesal, al que ya hemos hecho referencia, que también alude a la mediación penal, instaurándola como un sistema de gestión de conflictos, con el carácter de complemento necesario a la justicia penal. Concibe la mediación como un mecanismo de solución del conflicto, de carácter voluntario, entre infractor y víctima “*que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación*”⁷²⁰. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, de forma que ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación⁷²¹.

Sin embargo, conviene recordar, tal como se pone de manifiesto en el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña⁷²², que el desarrollo de la justicia restaurativa -y con ella, de la mediación penal- choca frontalmente con la tendencia actual hacia la creciente criminalización de conductas (incorporando nuevos ilícitos penales), el incremento del control social formal y la penalización más severa (aumentando la duración de las penas y poniendo mayores restricciones a la obtención de la libertad por parte de los penados).

⁷²⁰ Título Preliminar, pág 21. El Código regula de forma muy escueta la mediación penal en el Libro II, Título VI, artículos 143 a 146. No obstante, remite (en el art.144) -con relación a las características de la mediación, comportamiento de los mediados en el proceso de mediación, requisitos del mediador, procedimiento y formalización del acuerdo- a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sin consideración alguna a las diferencias existentes entre la mediación penal y las mediaciones civiles y mercantiles.

⁷²¹ Así lo dispone en el art.146 del citado Proyecto.

⁷²² *Vid. Libro Blanco de la Mediación en Cataluña...ob.cit.* pág. 702, así como tabla de criminalidad en España reproducida en pág.713.

3. ATISBOS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL CÓDIGO PENAL SEGÚN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL.

Como ya quedó constatado, y entendiendo que lo que no está prohibido, está permitido, la falta de una regulación expresa de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español no impide que ésta se vaya abriendo paso en nuestro sistema legal a través de las puntuales experiencias desarrolladas, auspiciadas, en su mayor parte, por el Consejo General del Poder Judicial en colaboración con diversas Comunidades Autónomas.

De estas experiencias se infiere que la ausencia de reconocimiento jurídico expreso no es obstáculo para que víctima e infractor, de forma voluntaria, participen en un programa de mediación extrajudicial y que una vez alcanzado el acuerdo, éste sea tenido en cuenta por el Ministerio Fiscal y el Juez, atribuyéndole los efectos jurídicos que, de alguna manera, permite la Ley.

Aún cuando la legislación española no contempla la mediación penal de forma explícita, sí pueden hallarse diversas posibilidades para, en cierta medida, dar cabida a la justicia restaurativa y conceder consecuencias jurídicas a nivel práctico a la mediación penal, incluso, pueden apreciarse algunos signos del principio de oportunidad, reconociéndose una *discrecionalidad reglada*, en palabras de Ordeñana Gezuraga⁷²³. Ejemplos de ello lo constituyen, además de los contemplados en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, el art. 191.1 del Código Penal que dispone que “Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, *que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia...*”, y el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deja a la consideración del Ministerio Fiscal, con arreglo a las disposiciones de la Ley, el ejercicio de las acciones penales⁷²⁴.

La entrada de la mediación en el proceso penal se logra, básicamente, reconociendo efectos legales a la reparación del daño a la víctima por parte del ofensor, en

⁷²³ Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa que funciona*”, XVII Congreso de Estudios Vascos: *Innovación para el progreso social sostenible* (17. 2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. BORJA ANTÓN). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, págs 1937-1956. ISBN: 978-84-8419-232-9, pág.1948.

⁷²⁴ Dispone el citado artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales *que consideren procedentes,.....*”.

cada una de las fases del proceso penal, -instrucción, enjuiciamiento y ejecución-, y tanto para el enjuiciamiento de faltas, como de delitos; e introduciendo en el proceso penal el acuerdo alcanzado en mediación mediante la sentencia de conformidad.

Los efectos jurídicos que se pueden atribuir a la mediación penal son distintos en cada una de las fases del proceso penal:

1-En la fase de instrucción.

Se concede especial relevancia jurídico-penal a la reparación del daño causado a la víctima.

El acuerdo de reparación del daño obtenido en un proceso de mediación tendrá gran incidencia por cuanto podrá conllevar la aplicación de la atenuante genérica del artículo 21-5º del Código Penal, que establece que es circunstancia atenuante “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir los efectos, en cualquier momento del procedimiento y antes del acto del juicio oral”.

La intensidad con la que el órgano judicial la valore -simple o como muy cualificada, dependiendo del desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurren- dará lugar a una mayor o menor reducción de la pena, puesto que el artículo 66.1-1ª del Código Penal autoriza que se imponga la sanción en su mitad inferior, si se estima como ordinaria, o, conforme al artículo 66.1-2ª, se degrade la misma en uno o dos grados, si se pondera como muy cualificada.

Por otra parte, en los delitos y faltas perseguibles a instancia de parte⁷²⁵, la conciliación entre el infractor y la víctima o la reparación del daño podrían dar lugar al perdón de la persona ofendida⁷²⁶.

⁷²⁵ Con referencia a aquellos que necesitan previa denuncia o querrela de la persona agraviada o de su representante legal para proceder contra ellos. En este grupo se encuentran los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art.201 CP), calumnia e injuria (art.215 CP), los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 € (art.267 CP); y las faltas de amenazas, injurias, vejaciones injustas y coacciones (art.620 CP), lesiones por imprudencia (art.621 CP), alteración de lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado (art.624-1º con relación a art.246, ambos del CP).

⁷²⁶ Así se establece de forma general en el art. 130.1-5º del Código Penal, según el cual: “*La responsabilidad criminal se extingue:[...] 5º. 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. En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.*”; y de forma específica, para los delitos, en cada uno de los preceptos citados, y para las faltas, en el art.639 del CP que dispone que en las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130.

Otro instituto jurídico que permite la articulación procesal de la mediación penal antes del juicio es la conformidad, regulada en los artículos 784.3, 787 y 801, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permiten una sentencia de conformidad con el escrito de acusación.

No obstante, es preciso recordar aquí las diferencias existentes entre la conformidad y la mediación, baste señalar que generalmente la sentencia de conformidad se pacta entre el abogado del infractor y el Ministerio Fiscal sin dar participación a la víctima y, rara vez, al propio infractor; en cambio, a través de la mediación penal, se da protagonismo a la víctima y al infractor alcanzando, entre otros beneficios, ellos mismos mediante el diálogo, un acuerdo reparador del daño y una solución de los problemas derivados del delito, y, por lo tanto, la mediación penal facilita que ambos estén efectivamente conformes con la sentencia.

Así pues, en estos casos puede hablarse de una conformidad cualificada⁷²⁷.

2. En la fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución.

El proceso de mediación penal que haya finalizado con acuerdo puede servir para otorgar la suspensión (art.80 y siguientes del Código Penal) o la sustitución (art.88 del Código Penal) de la pena privativa de libertad.

Así, en el primer caso, el artículo 83.1.5 del CP prevé la posibilidad de que el juez o tribunal puedan condicionar la suspensión de la pena del artículo 80, a la participación del infractor en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares, incluidos los tratamientos de deshabituación (art.87 CP), así como al cumplimiento de determinados deberes (entre los cuales podría hallarse la reparación) que considere convenientes para la rehabilitación social del condenado, previo consentimiento de éste (art.83.1-6º). En todos estos supuestos se requiere, conforme dispone el art. 81-3º del Código Penal, que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

El artículo 88 del CP prevé que el juez o tribunal, previa audiencia de las partes, pueda sustituir las penas de prisión que no excedan de un año (excepcionalmente dos años) por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de

⁷²⁷ No comparto, en absoluto, la idea mantenida por García-Rostán respecto a que la conformidad, en aquellos procesos en los que la víctima esté personada como acusación particular, desemboca en un acuerdo idéntico al que derivaría de un procedimiento de mediación, si bien sin la intervención, al menos formalmente, del profesional mediador. Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “*Victima y Mediación Penal*”. Anales de Derecho nº 26-2008, pág. 447.

prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, 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. Esta última alusión da relevancia a la víctima, y, sobre todo, hace hincapié en la importancia de que el infractor, no ya indemnice a la víctima, sino que se implique con su actuación y mantenga una actitud reparadora y favorecedora hacia aquélla.

3. En la fase de ejecución.

La mediación penal puede ser valorada para conceder al penado la libertad condicional (artículo 90 y siguientes del Código Penal), para que obtenga el tercer grado penitenciario u otros beneficios penitenciarios y para que solicite el indulto.

El art. 90 CP establece como uno de los requisitos para que el penado obtenga la libertad condicional: “c) que haya 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”.

Más interesante resulta, desde el punto de vista de la víctima, el art.91.2 CP. que, además de exigir al penado que haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, requiere que acredite además, *la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas* o programas de tratamiento o desintoxicación ,en su caso.

Esta exigencia se introdujo con la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, con la que, por primera vez, se tienen en cuenta los intereses de la víctima en la fase de ejecución de la sentencia.

Por lo que respecta al ámbito penitenciario, el artículo 72-5º de la Ley Orgánica General Penitenciaria, también modificado por la citada LO. 7/2003, dispone que “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...”.

La redacción del precepto resulta un tanto confusa por referirse, en primer término, a la responsabilidad civil para seguidamente acoger el concepto, más amplio, de reparación del daño, teniendo en cuenta, además la conducta y situación personal y

económica del penado, en consonancia con la teoría del esfuerzo, recogida en otros preceptos y adoptada por la jurisprudencia. Se entiende en el sentido de que, para obtener el tercer grado, el penado ha de reparar a la víctima si sus circunstancias lo permiten, o, por lo menos, haber realizado un esfuerzo apreciable para conseguirlo, manteniendo una conducta reparadora.

Especial interés para la mediación penal en el ordenamiento jurídico actual suscita la pena de trabajo en beneficio de la comunidad.

Tras las reformas llevadas a cabo por Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre, y 5/2010, de 22 de Junio, el artículo 49 del Código Penal dispone que estos trabajos en beneficio de la comunidad podrán consistir “*en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas*⁷²⁸, *así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares*⁷²⁹”.

De esta forma, se favorece a la víctima respecto a la situación anterior a las reformas, en la cual se valoraba más la participación del penado en actividades extraordinarias que su buena disposición hacia la víctima.

La pena de trabajo en beneficio de la comunidad reviste una importante capacidad reparadora, en cuanto que constituye el campo más adecuado para hacer efectiva la reparación, en especial, cuando se trata de compensar el perjuicio causado por el delito a una colectividad. Cuando el delito afecta a una víctima individual o concreta, la reparación puede adquirir un carácter simbólico, de especial relevancia en aquellos casos en los que el infractor, por las circunstancias, no puede reparar directamente a la víctima.

También destaca esta pena por su intensa capacidad resocializadora, puesto que el infractor ha de implicarse directa y voluntariamente en la realización de la tarea o actividad a ejecutar, desarrollando la idea de trabajo como aportación del individuo para el bien de la comunidad.

No obstante, ha de precisarse que, si bien podía ser ésta la intención del legislador, la práctica queda lejos de esos fines, al no haberse dotado para su ejecución de los medios económicos, materiales y humanos, suficientes.

La pena de trabajo en beneficio de la comunidad se contempla como “pena”, no como “compensación a la comunidad por el daño causado”, y se cumple por el infractor

⁷²⁸ Texto introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el Código Penal, y dotó a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad de contenido reparador a favor de la víctima.

⁷²⁹ Texto introducido por LO 5/2010, de 22 de Junio, que aporta el contenido resocializador a esta pena.

(caso de cumplirse) como tal pena, como un trabajo, de obligado cumplimiento -a pesar de requerir su consentimiento-, a realizar en un determinado periodo de tiempo⁷³⁰.

Una vez más, la falta de interés por parte de los gobiernos en implantar una Administración de Justicia efectiva convierte en ilusorias todas las expectativas de mejora en este ámbito. Con la deficiente implantación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se ha perdido una gran oportunidad de mejorar ostensiblemente el tratamiento a la víctima -entendida en sentido amplio- en cuanto a la reparación del daño se refiere, y al infractor, en lo relativo a su resocialización, y, en consecuencia, de mejorar a la comunidad, en general.

4. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA.

Una de las cuestiones más polémicas que debate la doctrina⁷³¹ es la de si la mediación penal tiene cabida en el ámbito de la violencia de género y doméstica, si es posible y adecuada como medio de resolución de conflictos en estos supuestos.

4.1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Lo primero que es preciso aclarar es el concepto de violencia de género o violencia machista, muy controvertido en la doctrina por cuanto se reclama, por un sector

⁷³⁰ Esta concepción por parte del infractor da lugar en la práctica a numerosos incumplimientos de la pena, por lo que su ejecución se torna en exceso problemática.

⁷³¹ Para un estudio más completo del tema se puede consultar, entre otros, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS Elena B. *La violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Edit. Comares. Granada 2001; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca “*La respuesta del Derecho ante la violencia doméstica*” en *Violencia sobre las mujeres. aspectos psicosociales y jurídicos* Editorial: Europa Unión 2005, págs. 99-114. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia 2008. (También referido con el título *La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*); DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La violencia doméstica: Tratamiento jurídico: problemas penales procesales*. Editorial Colex, Madrid, 2001. Más recientes, vid. MARTÍN DIZ, Fernando (Coord.) *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Ed. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Coordinadora) y CATALINA BENAVENTE, M^a Angeles, (Directora) *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. La Ley, Madrid, 2012; VVAA (dir. PUENTE ABA, Luz M^a.; coords, RAMOS VÁZQUEZ José Antonio y SOUTO GARCÍA, Eva María), *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* Edit. Comares. Granada 2010; *Género, Violencia y Derecho* (coord.. LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, María Luisa y RUBIO CASTRO, Ana María). Edit. Tirant lo Blanch, 2008; CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer. Penal y civil: Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y fiscalía general del Estado*. Editorial Dykinson, S.L.; 14 febrero 2013. MAQUEDA ABREU, M.L., “*La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral*”, *Revista Penal*, nº 18, julio 2006.

mayoritario, la ampliación del concepto y su extensión a otros supuestos ahora no contemplados.

En el ámbito internacional, ya en la Declaración de las Naciones Unidas *sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de 20 de diciembre de 1993⁷³², tras afirmar que constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y reconocer que “*constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre*”⁷³³, señala, en el artículo 1, que se entiende por violencia contra la mujer “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”.

En la legislación española, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de Diciembre de 2004, en la Exposición de motivos hace referencia a que *se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo*⁷³⁴, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Advierte que no es un problema que afecte al ámbito privado, sino que tiene una dimensión pública, más allá del ámbito familiar.

Sin embargo, ya en el artículo 1 concreta que la violencia de género es aquella que, *como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*. Comprende todo acto de violencia física y

⁷³² Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷³³ En términos similares se pronuncia también la IV Conferencia Internacional de Beijing de 1995, por cuanto, tras afirmar que la violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la define como “*una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer*”.

⁷³⁴ Para Maqueda Abreu, este dato permite avanzar algo más en la identificación de la violencia de género y en su separación de la violencia doméstica. Vid. MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “*La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 20 Enero 2006. nº 08-02, p. 02:1 -02:13. Disponible en internet: [http:// criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf), pág. 4.

psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Acoge, así, un concepto restringido de violencia de género o machista, excluyendo de su ámbito un gran número de supuestos -tanto con relación a los sujetos, víctima e infractor, como a la forma de comisión y al resultado del daño o perjuicio que produce- que pueden ser consecuencia de esa discriminación y relación de poder.

Baste señalar que sobre este punto ha venido a dar luz la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, que se decanta por un concepto amplio, integrando a un mayor número de víctimas y de infracciones, concepto al que nos atenemos, por considerarlo más completo y adecuado a la realidad.

Así, en su Considerando (17) dispone qué se entiende como violencia por motivos de género, distinguiendo:

-Con relación a la víctima, *“la violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado”*.

-Con relación al daño, *“Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos”*.

Destaca la Directiva que la violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y *“comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor»”*.

Por otro lado, hace mención expresa a que, no solo las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género, sino también sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia.

4.2. LA MEDIACIÓN PENAL EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA. POSICIONES DOCTRINALES.

4.2.a) Introducción.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de Diciembre de 2004, en su art. 44 adiciona un art.87 ter a la Ley Orgánica del Poder judicial, que establece determinadas competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil (separación o divorcio, relaciones de filiación y guarda y custodia o medidas de trascendencia familiar) y penal, cuando la víctima sea mujer pareja y se haya producido alguno de los delitos (a saber, homicidio, lesiones, delitos contra la integridad moral, delitos contra la libertad sexual o cualquiera realizado con violencia o intimidación) enumerados en la propia ley (art. 44 LOVG). En el apartado 5 de este nuevo precepto prohíbe expresamente la mediación en todos aquellos casos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁷³⁵.

⁷³⁵ Conforme a este artículo: “1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

a) Los de filiación, maternidad y paternidad.

b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.

d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

Sin embargo, esta postura del legislador de prohibición absoluta de la mediación es criticada por la mayoría de la doctrina, aunque también hay detractores de la mediación en el ámbito de la violencia de género.

En la Exposición de Motivos no se recoge explicación alguna sobre esta prohibición, que, además, plantea cuestiones referentes a su alcance, a saber:

1-Si se limita a la jurisdicción civil o abarca también el ámbito penal: la polémica surge a raíz de que en 2004, fecha de publicación de la Ley, no se hallaba regulada en la legislación española la mediación penal y se considera, por tanto, que difícilmente el legislador esté prohibiendo lo que no existía⁷³⁶.

En las Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas⁷³⁷ se expone que no parece viable que el legislador quisiera prohibir mediación en materia penal, por cuanto no se puede prohibir algo que no está contemplado en la ley de forma expresa, por lo que quizá el legislador se estuviera refiriendo a la mediación familiar; una prohibición que se considera totalmente acertada y clara, por cuanto en este caso no hay dos partes con intereses contrapuestos, sino una víctima y un infractor.

En similares términos se pronunció el Departamento de Justicia del gobierno vasco en informe de 2008⁷³⁸ al entender que lo establecido en el art. 87,ter, apdo. 5 de la LOPJ se circunscribe al ámbito de la mediación familiar.

Ríos Martín⁷³⁹ sostiene que el legislador en aquel momento no podía pensar en prohibir la mediación penal, que era una institución que no estaba –ni está- regulada. Por ello, es posible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil, toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil.

5. En todos estos casos está vedada la mediación?

⁷³⁶ Llamen la atención sobre este hecho, entre otros autores, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO, Cristina, “*Mediación en violencia de género*” Revista de Mediación. Año 4. nº 7. Mayo 2011, pág.43; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador...*ob.cit. pág. 204; RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*”. CGPJ 2008...ob.cit. págs. 49 y 199.

⁷³⁷ Celebrado en Burgos los días 4 y 5 de Marzo de 2010. *Vid. Conclusiones...*ob.cit. pág.15.

⁷³⁸ *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi...*ob.cit.

⁷³⁹ *Vid.* RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal...*ob.cit. págs. 49-50 y 199; RÍOS MARTÍN, Julián y OLAVARRIA IGLESIA, Teresa “*Conclusiones del curso la mediación civil y penal. dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales*” en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, pág. 264.

Desde mi punto de vista, ha de entenderse que alcanza tanto al ámbito civil como al penal, por su ubicación en un apartado distinto, tras hacer referencia a la competencia en cada uno de estos órdenes.

2.-Otra de las cuestiones controvertidas recae sobre el alcance de la prohibición a aquellos casos de violencia de género y doméstica que quedan excluidos de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Se entiende por un mayor sector doctrinal⁷⁴⁰ que esta prohibición, en la jurisdicción penal, abarca solamente la fase de instrucción y deja abierta la mediación en las otras fases del proceso, así como en los casos de violencia doméstica.

Cabe, por tanto, la posibilidad de hacer mediación en todos aquellos asuntos en los que el Juzgado de Violencia se inhiba a favor del Juzgado de Instrucción, o archive las actuaciones⁷⁴¹ y, en todo caso, cabría mediar en todos aquellos que sean de la competencia de los Juzgados de lo Penal⁷⁴².

Sin embargo, como bien apunta García-Rostán⁷⁴³, esta interpretación lleva a una situación a todas luces paradójica, por cuanto supone la exclusión de la mediación en faltas y no, en cambio, en procesos por delitos –en los que el juicio oral no es competencia de los juzgados antes mencionados–.

En cuanto a los sujetos, se admite, mayoritariamente, la posibilidad de mediación penal en aquellos supuestos de violencia doméstica no contemplados en la Ley, en los que la víctima no sea la esposa del agresor, ni sea una mujer a la que le une una análoga relación de afecto, ni sus descendientes o en aquellos casos en que la víctima sea un hombre o cuando la agresora sea una mujer, siendo indiferente si la víctima es otra mujer o un hombre del ámbito familiar afectivo.

3.- Por último, se entiende que, como la Ley de Violencia de Género solo hace referencia expresa la mediación, no prohíbe otra clase de encuentros restaurativos como el *conferencing*⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 712.

⁷⁴¹ De hecho, en las experiencias desarrolladas en Cataluña y País Vasco se llevaron a cabo mediaciones en casos de violencia de género y doméstica que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer había archivado, dando, por cierto, el proceso de mediación muy buenos resultados.

⁷⁴² En este sentido se pronunció también la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia del gobierno vasco en informe de 2008 para el caso de que se entendiera que el 87, ter, apdo. 5 de la LOPJ prohíbe tanto la mediación familiar como la penal. Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi...*ob.cit.

⁷⁴³ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “*Víctima y Mediación Penal*”. *Anales de Derecho* n° 26-2008, pág. 446, pie de pág. 3.

⁷⁴⁴ En este sentido, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M. “*El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*”. *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, 139-160 eISSN: 2340-5155,

Así se concluyó también en el citado *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, en el sentido de que, aunque el legislador hubiera querido prohibir la mediación penal, esta prohibición se refiere tan sólo a una herramienta de la Justicia Restaurativa, pero deja abierta la puerta a otros instrumentos para poner en práctica la filosofía de la Justicia Restaurativa como los círculos o las conferencias.

4.2.b) Posturas a favor.

El punto común del que parten todas las posturas a favor de la mediación en supuestos de violencia de género y doméstica -y que, en consecuencia, se muestran contrarias a la prohibición estipulada en la Ley 1/2004-, es que se hace una regulación homogénea de la violencia de género, aún cuando se trata de una realidad muy diversa que necesita un tratamiento diferenciado.

Así, Larrauri Pijoan⁷⁴⁵ califica de desacertada la prohibición hecha por el legislador por diversos motivos, entre los que destacan que la ley parece operar con sólo una imagen de mujer maltratada “*cuando el universo de las mujeres maltratadas no es un bloque monolítico y es erróneo legislar e imponer una única visión al resto de casos de mujeres maltratadas*”, considera la autora que aún cuando existen efectivamente casos en que la mediación puede estar desaconsejada, han de tenerse en cuenta aquellos supuestos de mujeres que no están dispuestas a denunciar, o el grupo de mujeres que a pesar de los actos de malos tratos no están dispuestas a separarse. Asimismo, sostiene, que debería pensarse en los supuestos de diferente gravedad, pues evidentemente no presenta la misma problemática una violencia habitual que un conflicto puntual como un maltrato; y si las reticencias de diversos grupos de mujeres es por el temor a la seguridad y a la vida de la mujer se podría haber considerado prohibir la mediación sólo en los supuestos de violencia física grave.

pág. 156. El autor expone que la diferencia entre ambas prácticas restaurativas no es meramente nominal, sino sustancial, por lo que la aplicación del *conferecing* no puede considerarse un fraude de etiquetas o fraude de ley. Las diferencias entre ambas tienen relación con el sentido de la prohibición. Los encuentros restaurativos contienen elementos que permiten evitar o reducir los riesgos propios de un proceso bilateral entre autor y víctima. La posibilidad de incluir en el encuentro a personas de apoyo del entorno de la víctima o a miembros del grupo familiar permite compensar la debilidad en que pudiera encontrarse la víctima ante el agresor y permite abordar con mayor profundidad la problemática familiar subyacente a las manifestaciones de violencia. Un proceso que incluya diversos miembros del grupo familiar o de la comunidad puede ser especialmente idóneo en los supuestos en que la violencia sea bidireccional o afecte, de modo directo o indirecto, a otras personas. Asimismo, el compromiso adoptado ante un número mayor de personas puede resultar más vinculante y firme.

⁷⁴⁵ Vid. LARRAURI PIJOAN, Elena, “*Justicia Restauradora y Violencia Doméstica*” . Este artículo se inscribe en el proyecto *La credibilidad de las penas alternativas a la prisión, Cursos de Derechos. Vol.VIII.* (SEJ 2005-08955-C02-01), op. cit. pág. 131.

Cristóbal Fábrega Ruiz y Mercedes Heredia Puente⁷⁴⁶ la califican de “error” y proclaman la supresión de la prohibición.

González Vidosa⁷⁴⁷ se muestra partidaria de la mediación en los casos de violencia de género, por cuanto considera que el proceso actual da idéntica respuesta a casos que son desiguales, mientras que la mediación detecta el origen del conflicto y lo que la víctima demanda; se trata de concienciar a la persona maltratada de su situación y de la adecuación de las medidas a adoptar. Sostiene, en definitiva que “de nada sirven las medidas legales y sociales si la mujer no tiene la íntima convicción de que la pareja no la quiere, que ni cambia ni va a cambiar y que tiene que dejarlo”.

Estirado de Cabo⁷⁴⁸ también alude a la rigidez con la que la Ley contempla la gran diversidad de situaciones: desde delitos de gran levedad tanto por su escasa intensidad en la lesión del bien jurídico, como por su carácter puntual y aislado en la relación de pareja, hasta delitos que se enmarcan en una situación sistemática de dominación machista, pasando por todas las posibles situaciones intermedias. El autor considera que deben ser los profesionales de la mediación -el equipo mediador- quienes evalúen la viabilidad de la mediación en estos casos, teniendo en cuenta la situación psicológica de la víctima y su relación con la persona infractora.

Por otro lado, afirma el autor que la prohibición hecha por el legislador en esta materia es coherente con el modelo “superprotector” hacia la mujer-víctima de estos delitos, al no considerarla con capacidad para intervenir en estos procesos en la búsqueda de un acuerdo reparador, cuando ni siquiera puede rechazar o pronunciarse sobre la medida de alejamiento.

Palma Chazarra⁷⁴⁹ critica esta prohibición legal y alude a que la igualdad de tratamiento de casos desiguales produce ineficacia.

⁷⁴⁶ Vid. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, y HEREDIA PUENTE, Mercedes, “La Mediación Intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia”, Revista “Bajo Estrados”. Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en www.poderjudicial.es -Mediación (fecha de consulta 23-06-10).

⁷⁴⁷ Vid. GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, “La víctima en la Mediación. 1ª experiencia de adultos en España”. Revista Poder Judicial nº 39. Septiembre 1995, págs 113-115.

⁷⁴⁸ Vid. ESTIRADO DE CABO, César, “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia.* VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, pág. 213.

⁷⁴⁹ Vid. PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, págs. 349 y sig.

También Esquinas Valverde⁷⁵⁰ se muestra contraria a su prohibición y aboga por admitirla, si bien actuando con prudencia a la hora de aplicar procesos restaurativos en casos de violencia de género.

Así, descarta su aplicación en los casos en los que exista una violencia sistemática, que implique una prolongada historia de agresiones, maltrato o dominación por parte del hombre sobre la mujer, y en los que la víctima no sea capaz, siquiera potencialmente, de defender sus intereses. Y ello porque considera que en estas circunstancias, un proceso de acercamiento y de diálogo entre las partes puede resultar excesivamente peligroso para la víctima, en la medida en que ésta se verá atrapada en una dependencia psicológica, emocional y puede que, incluso, social y económica respecto de su agresor, lo que disminuiría sensiblemente la probabilidad de que ambos pudieran alcanzar un acuerdo realmente justo y equitativo.

Y por otro lado, admite la posibilidad de mediación en aquellos casos en los que se trata de un episodio esporádico y aislado, de agresión leve o de maltrato de obra o amenazas (en algunas ocasiones mutuas), en los que el ataque físico o psicológico por parte del hombre no se integre en una larga espiral de violencia, quedando abierta la posibilidad de continuar con la relación afectiva.

La autora propone una serie de medidas que deberían establecerse en cualquier programa de conciliación para la violencia de género que pretendiera implantarse de forma adecuada y con una cierta expectativa de éxito, dichas medidas serían, básicamente:

1º.-Equilibrar la posición de la mujer respecto a su (ex)pareja masculina, por medio de un proceso de “adquisición de poder” o “capacitación” en favor suyo, de manera que se activaran todos los recursos sociales y psicológicos de la víctima para romper con la situación de sometimiento al hombre.

2º.-Poder acudir en todo caso a los medios preventivos, coactivos y de salvaguarda de la seguridad que proporciona el modelo de Justicia formal, basado en la actuación de los órganos policiales y judiciales.

En definitiva, para Esquinas Valverde la solución sería la aplicación de un sistema *mixto* entre las formas de intervención de la Justicia tradicional y estas otras, novedosas,

⁷⁵⁰ Vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia 2008, pág.130 y sig.; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “Capacitación de la mujer (“empowerment”) y mediación en la violencia de género” en *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, VVAA, dirig. por Luz María PUENTE ABA, Edit. Comares, Granada, 2010, págs. 323 a 342; y su exposición en el Seminario “*La Mediación y el Sistema de Justicia Penal*”, organizado por la Sociedad Científica Española de Victimología, el 14 de noviembre de 2008; disponible en www.institutodevictimologia.com.

de la Justicia Restauradora. Aboga, así, por la necesidad de alternar nuevas medidas, como el uso de la mediación, con las medidas represivas y de restricción de derechos con relación a los maltratadores, a la vez que considera necesaria la adopción de medidas preventivas de educación y orientación familiar en habilidades de comunicación y resolución de conflictos.

Afirma que la diferencia y novedad que la Justicia Restauradora presenta frente a la Justicia penal *tradicional, formal o convencional*, consiste en que ésta se centra inmediatamente en la persona del responsable criminal, siendo su objetivo más inmediato el de conseguir pruebas que demuestren su culpabilidad y ejecutar el castigo correspondiente. Por el contrario, la Justicia Restauradora, sin dejar de tener en cuenta las necesidades del agresor como persona, trata de compensarlas con las de la víctima, reparando no sólo el perjuicio estrictamente *material*, sino también el emocional, espiritual o moral y el social. De esta forma, la mediación y otras formas similares de enfocar el delito se revelan, en la comparación con la Justicia tradicional, como más apropiadas para solucionar el daño personal y los problemas esencialmente humanos que surgen a raíz de una infracción criminal.

Martínez García⁷⁵¹ mantiene que los conflictos en violencia de género sólo deben ser mediables según las características del mismo u el estadio o grado de violencia impuesto por el hombre hacia la pareja. Entiende que en la violencia habitual el principio de igualdad, que ha existir entre las partes para que el asunto pueda ser objeto de mediación, ha sido minado durante ese periodo donde la violencia se ha convertido en habitual; sin embargo, en aquellos casos en los que, ante el primer abuso, la mujer reacciona, denunciando o reclamando intervención pública, debe entenderse que la mujer tiene interiorizado el principio de igualdad y, por tanto, puede someterse a mediación.

Josefa Fernández Nieto y Anna María Solé Ramón⁷⁵² exigen un replanteamiento en la prohibición taxativa de la Ley 1/2004 de la mediación en la violencia de género y doméstica y abogan por su introducción si bien de forma paulatina, primero en relación a las faltas y delitos menos graves para pasar después a los delitos graves.

⁷⁵¹ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “*Mediación penal en los procesos de violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius puniendi del Estado*”. Revista de Derecho Penal nº 33- 2011, pág.14.

⁷⁵² Vid. FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, y SOLÉ RAMÓN Anna María. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*. Edit Lex Nova 2011. Op cit. pág 63 y pág 113-114 respectivamente.

Delgado Martín⁷⁵³ se muestra partidario de utilizar las posibilidades de mediación penal en el juicio de faltas por actos aislados de violencia leve.

Manzanares Samaniego⁷⁵⁴ comparte la idea a favor de la mediación en los casos de violencia de género sólo para algunos de ellos de menor entidad. De similar opinión se muestra Gómez Villora⁷⁵⁵.

Domingo de la Fuente deja clara su posición a favor de la mediación penal en los casos de violencia de género y señala que para que la Justicia Restaurativa en estos casos sea eficaz es necesario tener en cuenta las siguientes premisas:

“1º.-Centrarse en el daño: en delitos de violencia de género no hay generalmente un solo incidente sino un patrón de abusos con continuidad en el tiempo. Se debe, por tanto, explorar esta línea de abusos para conocer el alcance y la naturaleza de esta violencia en la relación de pareja, así se aumenta la concienciación y la seguridad de la víctima.

2º.-Seguridad de la participante (víctima): Se debe maximizar la seguridad y para ello se adoptaran muchas medidas durante todo el proceso restaurativo, una de las cuales será el diálogo constante con la víctima acerca de su sentimiento de seguridad.

3º.-Rendición de cuentas del maltratador: En esta clase de delitos se debe distinguir entre reconocimiento y responsabilidad. La responsabilidad va más allá del reconocimiento de que las decisiones tomadas para perpetrar la violencia sobre la mujer eran erróneas y no deberían haber ocurrido. Si se fuerza la responsabilización del maltratador o se acepta de forma rápida su responsabilización sin profundizar en los motivos se corre el riesgo de que ésta no sea adoptada por motivos correctos, no siendo probable que haya un cambio favorable y positivo en el infractor.

Por el contrario, si se parte del reconocimiento de que su conducta no ha sido la más adecuada, se puede conseguir un cambio de actitud más positivo.

4º.-Oportunidad para el dialogo y la restauración: Crear un diálogo y animar a las personas dañadas para hablar sobre la violencia y el impacto que ha causado ésta en sus vidas es también importante en cualquier práctica restaurativa”⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La violencia doméstica: Tratamiento jurídico: problemas penales procesales*. Editorial Colex, Madrid, 2001.

⁷⁵⁴ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario la Ley*, n.º7255, Año XXX, 2009.

⁷⁵⁵ Vid. GÓMEZ VILLORA, JM, “Epígrafe 4 “Protocolo sobre Violencia de Género y Mediación” en *Protocolos sobre Violencia de Género*. GÓMEZ VILLORA, JM. (coord.), YAGUE RIBES Ana Isabel y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. Enero 2009.

⁷⁵⁶ Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Mediación en violencia de género: no, Justicia restaurativa y mediación penal: sí*. Blog *La otra Justicia*. 29 Mayo 2013.

La autora concluye que el objetivo de estas prácticas restaurativas en esta clase de delitos, debe ser interrumpir la espiral de violencia y maltrato, colaborando con otras instituciones y protegiendo a la mujer de futuros abusos.

Ríos Martín⁷⁵⁷ se pronuncia también en sentido favorable a la supresión de la norma prohibitiva de la mediación en violencia de género, pues, considera, la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada. Cree que la mediación es un medio adecuado para transformar el conflicto entre personas relacionadas dentro del ámbito doméstico donde se ha dado violencia puesto que no sólo puede permitir que la víctima se sienta reparada, sino también que se reestablezcan los cauces de comunicación rotos o seriamente deteriorados.

Discrepan de la prohibición Castillejo Manzanares, Torrado Tarrío y Alonso Salgado⁷⁵⁸, quienes consideran que la Ley integral debería haber servido para reforzar los factores preventivos, debiéndose apostar por otras alternativas que minimicen los efectos de la victimización y que eviten la judicialización⁷⁵⁹. Admiten la mediación con la adopción de una serie de precauciones: la especialización de los mediadores en violencia de género con un continuo reciclaje de conocimientos, prácticas, etc.; la garantía de total seguridad para la víctima, tanto mientras dure el proceso mediador, como con carácter posterior al mismo; y la aceptación preceptiva por parte de la víctima de someterse, con carácter previo a la mediación, a un proceso de empoderamiento, quedando por tanto condicionada su participación, no sólo a su consentimiento personal, sino también al informe positivo del profesional de la psicología que evalúe su estado⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*”. CGPJ 2008, pág.50.

⁷⁵⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO, Cristina, “*Mediación en violencia de género*” Revista de Mediación. Año 4. nº 7. Mayo 2011, pág 44.

⁷⁵⁹ En este sentido, Valls Rius y Guillamat Rubio resaltan cómo en base a la experiencia de las mediaciones realizadas (en referencia a la experiencia piloto de Mediación Familiar en conflictos familiares derivados de procedimientos archivados en los juzgados de Vido que se llevó a cabo a partir de abril de 2008) y que han sido derivadas por los Juzgados de Vido (tras el archivo) se puede deducir, que si la mediación se utilizara de forma previa a la denuncia formal, posiblemente se acentuarían los efectos preventivos del conflicto que se intuye. Vid. VALL RIUS, Anna, y GUILLAMAT RUBIO, Ansel, “*Mediación y violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal*”. Revista de Mediación. Año 4. nº 7. Mayo 2011 pág. 24. Conclusión ésta que viene corroborada por las experiencias llevadas a cabo en Cataluña y País Vasco, entre otras Comunidades. Vid. informes de 2007 y 2008 de VARONA MARTÍNEZ y *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña...*ob.cit..

⁷⁶⁰ Similares precauciones reclama Esquinas Valverde. Vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*Capacitación de la mujer (“empowerment”) y mediación en la violencia de género...*ob.cit. págs. 323 a 342, y ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia 2008, págs 85 y sig.

La autoras, compartiendo criterio (al que me uno) con el resto de la doctrina que se muestra contraria a la prohibición legal de mediación penal en casos de violencia de género, abogan por la necesaria la supresión del carácter obligatorio de la pena accesoria de alejamiento, puesto que, entre otras razones, su imperatividad es uno de los mayores obstáculos con los que se enfrentan las partes para alcanzar un acuerdo en el proceso de mediación.

Por su parte, Subijana Zunzunegui⁷⁶¹ entiende que el fundamento de tal prohibición radica en la consideración de la violencia del hombre sobre la mujer en una relación de pareja como criminalidad de dominio y, consecuentemente, en la peligrosidad asignable a quien articula sus relaciones de pareja conforme a un modelo de imposición y sumisión que aboca a la violencia cuando surge la frustración. La asimetría de poder entre el victimario y la víctima impide la construcción de un espacio de libertad, necesario en toda estrategia mediadora, y ello justificaría la prohibición normativa recogida en la LOMPIVG.

Para el citado autor esta conclusión debe ser matizada por varias razones: en primer lugar, solo valdría para aquellas manifestaciones de la violencia de pareja que puedan ser conceptuadas como violencia de género, al constituir una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. El resto de supuestos, al no existir dominio, no hay riesgo para la libertad decisoria de cada miembro de la pareja. En segundo lugar, en los casos en los que existiera un espacio de dominio, sería factible que una actuación terapéutica y asistencial permita a la víctima recuperar el control de su vida, poniendo fin a la subyugación que padecía. En ese momento, la víctima, ejerciendo su autonomía vital, puede decidir, de forma libre y consciente, acudir a estrategias autocompositivas para lograr un modelo de interacción no violento, objetivo de enorme relieve cuando la víctima quiere continuar la convivencia con el victimario.

Otro argumento que se esgrime por la doctrina frente a la prohibición es que el legislador incurre en un excesivo paternalismo o proteccionismo sobre la mujer, puesto que se impide su participación directa en la toma de decisiones en cuestiones que le afectan de primera mano, dando por hecho su incapacidad para participar en el proceso de mediación.

⁷⁶¹ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 10 Agosto 2010, nº 12-05. Op.cit. pág 17-21.

En esta línea se enmarcan autoras como Esquinas Valverde, Maquea Abreu, Lobo Guerra y Samper Lizardi⁷⁶².

Esta posición del legislador no respeta la autonomía y la libre capacidad de decisión de la mujer.

De ahí que, como afirma Maqueda Abreu, esta tutela reforzada⁷⁶³, que actúa con desconocimiento total de la voluntad de la víctima, ocasione mayores situaciones conflictivas, por lo que es necesario “reflexionar acerca de una línea de actuación distinta, desde el estado, que no potencie la intervención penal ni, por tanto, el deber de denunciar de las mujeres. En definitiva, romper con el signo represivo de la Ley integral -que, por ejemplo, prohíbe siempre la mediación”⁷⁶⁴.

De “error” se califica también la exclusión en todo caso de la mediación en asuntos de violencia de género en las Conclusiones del Seminario “*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”⁷⁶⁵, al entender que no siempre se da en los mismos una situación de desigualdad entre las partes, permitiendo aquí el uso de la mediación dar mejor protección a los derechos e intereses legítimos de las víctimas, de forma que prohibir indiscriminadamente en todos los casos la mediación no hace sino perjudicarlas y desprotegerlas, privándoles de la tutela judicial efectiva que les reconoce el art. 24 de la Constitución.

⁷⁶² Vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*Capacitación de la mujer (“empowerment”) y mediación en la violencia de género...ob.cit.*”; MAQUEDA ABREU, M.L., “*La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral*”, *Revista Penal*, nº 18, julio 2006, págs. 176 a 187; y en referencia a la mediación familiar, LOBO GUERRA, María y SAMPER LIZARDI, Fernando, *La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?* *Revista de Mediación*. Año 4. nº 7. Mayo 2011, pág.12.

⁷⁶³ Esta tutela reforzada, en palabras de Maquea Abreu, trasmite una imagen de debilidad y desvalimiento de las mujeres, que no hace bien a su causa y resulta político-criminalmente discutible ya que se desconfía de su racionalidad y su capacidad para resolver problemas conforme a sus intereses legales. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L., “*La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral*”, *Revista Penal*, nº 18, julio 2006, pág. 180.

⁷⁶⁴ Cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “1989-2009: *Veinte años de ‘desencuentros’ entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja*” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, penales y laborales* (coord. DE HOYOS SANCHO, Monserrat). Edit. Lex Nova. 2009. ISBN 978-84-9898-105-6, págs. 39-52, también en REDUR 7, diciembre 2009, págs. 25-35. ISSN 1695-078X. pág.34; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “*¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*” en *Género, violencia y derecho* (coord. LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, María Luisa y RUBIO CASTRO, Ana María). Edit. Tirant lo Blanch, 2008, ISBN 978-84-9876-227-3, págs. 363-408. También en *Revista para el análisis del Derecho*. InDret 4/2007. Barcelona, Octubre de 2007, pág. 27. Disponible en www.indret.com y en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/4.pdf>.

⁷⁶⁵ Vid. Conclusiones del Seminario “*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”. Colección de Seminarios Vol 9. 2007.CGPJ.

En la Memoria de 2010 del Servicio de Mediación Penal de Castilla-León⁷⁶⁶ se pone de manifiesto que con la Justicia Restaurativa se puede abordar de una forma más eficiente la atención a la víctima y las formas de evitar la reincidencia, se considera que cualquier herramienta restaurativa puede resultar beneficiosa, teniendo en cuenta como premisa principal la seguridad de la víctima.

Tanto en los I y II Congresos Internacionales sobre Justicia Restaurativa y Mediación celebrados en Burgos en 2010 y 2012, respectivamente, como en la 6º Conferencia bianual del Foro Europeo de Justicia Restaurativa celebrada en Bilbao en 2010, se concluyó que debería valorarse la posibilidad -y suprimirse la prohibición- de mediación en violencia de género, permitiendo en determinados asuntos de menor gravedad, su canalización a través de un proceso restaurativo que bien puede ser la mediación penal o quizá algún otro como las conferencias restaurativas, porque la especial atención de la justicia restaurativa a las víctimas podría resultar especialmente beneficiosa y eficaz para las personas que sufren estos delitos⁷⁶⁷.

En el I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación celebrado en Burgos en 2010 se concluyó que en su momento se consideró acertada esta prohibición por la proliferación de este tipo de violencia y por desconocimiento de qué conlleva la justicia restaurativa. Así, por un lado, el excesivo crecimiento de los delitos de violencia de género y la consiguiente alarma social, obligó a posicionarse al legislador de un forma clara hacia unas normas más punitivas que no dejaran duda de que este maltrato no está justificado bajo ningún concepto y que cuenta con el reproche de toda la sociedad. Por otro lado, se cree erróneamente que si se permite la Justicia Restaurativa, se va a privatizar esta clase de delitos, y se va a eliminar el reproche social.

⁷⁶⁶ En el mismo sentido en Acta de *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010, pág. 19.

Disponibles ambos documentos en www.justiciarestaurativa.org y en la página web de Justicia Restaurativa-AMEPAX: <https://sites.google.com/site/justiciarestaurativaamepax/memorias-del-servicio-de-mediacion-penal-de-castilla-y-leon-amepax>.

⁷⁶⁷ Vid. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010; DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: origen y beneficios reales y potenciales*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, pág.118-129; DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones de la 6º Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*” celebrada en Bilbao los días 17, 18 y 19 de junio de 2010, bajo el título: “*Haciendo Justicia Restaurativa en Europa, las prácticas establecidas y programas innovadores*”.

En www.justiciarestaurativa.org/news/ConclusionesdeLaConferenciaBilbao.pdf/view.

Sin embargo, y a pesar de la ley específica sobre esta materia, lo cierto es que los asuntos no han disminuido.

Además señala las ventajas que un proceso restaurativo puede suponer en estos casos de violencia de género -coincidentes, en su mayoría, con las que presenta para todo tipo de víctimas de cualquier delito- en contraposición a las desventajas que conlleva el sistema de justicia tradicional⁷⁶⁸. Así:

1-En la Justicia Restaurativa, el delito es visto como una violación no sólo de la norma sino también de las personas y sus relaciones. En delitos de violencia de género, la Justicia Restaurativa se centra en el pasado, presente y futuro, con un maltratador tomando responsabilidad por sus actos abusivos. Se preocupa de la protección de las víctimas y la rendición de cuentas del infractor.

Mientras que la Justicia Tradicional, se preocupa tan sólo por la imposición de la pena para castigar y prevenir, la Justicia Restaurativa utiliza la restitución como medio para reparar en la medida de lo posible el daño causado a la víctima y a través de esta actitud reparadora, concienciar al maltratador acerca del daño causado.

2-Con la Justicia Restaurativa se da a la víctima las posibilidades de “sanar” sus heridas y se la protege, se da la oportunidad a la comunidad de intervenir también, como víctima indirecta de estos delitos (en determinadas herramientas restaurativas, no en todas).

Al infractor se le anima para responsabilizarse por sus actos y se le da el apoyo para cambiar su comportamiento. La rendición de cuentas del maltratador se basa en la comprensión por éste del impacto de su acción, su conformidad para participar en un proceso en el que se va a examinar sus valores, pautas y tomar medidas para cambiar su comportamiento. La víctima tiene voz en la rendición de cuentas del infractor.

A diferencia del sistema de justicia tradicional, en el que se centra exclusivamente en el comportamiento pasado del infractor, la Justicia Restaurativa se centra en las consecuencias dañosas del comportamiento del maltratador, dándole la oportunidad de tomar responsabilidad por la violencia cometida y arrepentirse. El estigma del delito puede desaparecer mediante un cambio del infractor.

En el Congreso se aclara que en estos casos de violencia de género el concepto de restaurar, propio de la Justicia Restaurativa, no es restablecer a la persona en su estado anterior a la violencia, porque el riesgo sería evidente si se devuelve a la persona a su

⁷⁶⁸ Vid. *Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas*..ob.cit. pág. 16-17.

estado anterior a la violencia. En violencia de género, restauración puede ser considerada como la creación o recreación de relaciones significativas de igualdad.

También en el Seminario de Mediación Penal celebrado en Madrid los días uno a tres de Junio de 2.005 en el Servicio de Formación Continuada del CGPJ⁷⁶⁹ se concluyó que *“resulta, al menos, sorprendente que la Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género, prohíba expresamente la mediación penal en las infracciones que contempla, cuando, por un lado, la experiencia comparada nos sirve para afirmar que es en este tipo de conflictos en los que la mediación puede tener un mayor efecto reparador y, en segundo lugar, porque no se puede prohibir lo que no está regulado”*.

Igualmente en las Conclusiones del Curso sobre mediación del CGPJ celebrado en el año 2006 se hace constar expresamente que “la mediación es especialmente indicada en conflictos conyugales o uniones de hecho” y, en consecuencia se considera *desacertada* la previsión del art. 4 LO 1/2004, que prohíbe la mediación en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

En el *Seminario sobre la mediación y el sistema de justicia penal* organizado por la Sociedad Científica Española de Victimología, el 14 de noviembre de 2008⁷⁷⁰ se ha denunciado esta prohibición genérica.

⁷⁶⁹Vid. *Conclusiones sobre el seminario de Mediación Penal* (Madrid, uno a tres de Junio de 2005). Colección Conclusiones de Seminarios Vol. 7- 2005. CGPJ.

⁷⁷⁰Vid. Actas del seminario, publicadas en la web de la Fundación Instituto de Victimología, institutodevictimologia.com.

Por último, a través de los estudios de investigación realizados⁷⁷¹, se ha puesto de manifiesto que los profesionales del ámbito de la Justicia (jueces, fiscales, abogados, mediadores, psicólogos) se muestran, en su mayoría, partidarios de la mediación penal en los delitos de violencia de género. Y los mediadores llegan a considerarla una vía más idónea que el sistema actual para la resolución de este tipo de conflictos⁷⁷². Hecho que también se puso de manifiesto en los informes de Gema Varona de 2007 y 2008 relativos al País Vasco⁷⁷³.

En definitiva, como señala Del Río Fernández⁷⁷⁴, se critica, mayoritariamente, la posición del legislador español, por cuanto resulta discutible al ser, además, en este tipo de conflictos, como ha demostrado la experiencia en otros países de nuestro entorno⁷⁷⁵ - y en las llevadas a cabo en el nuestro-, donde la mediación puede tener un satisfactorio efecto reparador si se aplican las técnicas mediadoras adecuadas y con las cautelas precisas como consecuencia de la particular situación de la víctima.

⁷⁷¹ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, págs 154-160 y 850 y sig. Los equipos de trabajo del Libro Blanco de la mediación se muestran favorables a la mediación en estos casos, en función del tipo y grado de la violencia y con las necesarias cautelas. El grupo de mediación familiar concreta, además, que sí es posible siempre y cuando la violencia no haga inviable la mediación por haber generado miedo y debilidad en una de las partes y, con ello, afectado a la toma de decisiones. También en sentido positivo se pronuncian el equipo de mediación familiar y el de salud (el resto no se pronuncia) en los supuestos en que, excepcionalmente, la violencia es puntual, de baja intensidad, ocasionada por la ruptura. Ahora bien, en un porcentaje bastante significativo (80%), los jueces y magistrados encuestados consideran que es posible la mediación en supuestos de violencia, frente al 20% que la rechaza. En concreto, consideran que sería posible la mediación en aquellos supuestos de violencia puntual, de baja intensidad, ocasionada por la ruptura un 71,4%. Por lo que respecta a los fiscales -que remarcan que actualmente la mediación en este ámbito está prohibida, al menos, en fase de instrucción, por la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género-, la opinión generalizada es que quizás se tendría que replantear esta prohibición absoluta atendiendo a la particular naturaleza de estos casos, ya que a menudo el infractor y la víctima siguen conviviendo. Así, sugieren que se tendría que distinguir entre casos de violencia puntual y de violencia habitual y hacer posible la mediación en episodios de violencia puntual, subrayando la necesidad de asegurar todas las garantías para la víctima y “siempre que sirva para mejorar la situación y prevenir futuras situaciones conflictivas, o también para cambiar la situación por una de separación razonable y civilizada”. Otro fiscal destaca también que podría ser muy beneficiosa “en los casos de coacciones o amenazas telefónicas que no pueden demostrarse y por lo tanto no pueden llevarse a juicio; sería una manera de que las partes cerraran el conflicto, evitando que pudiera derivar en consecuencias más graves” (pág.1119).

⁷⁷² Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* ob.cit. pág. 701.

⁷⁷³ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio- Diciembre de 2007)* y VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008-Septiembre 2009)*, ob.cit.

⁷⁷⁴ DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*Mediación y Cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal*” (Texto de la conferencia inaugural impartida el día 20 de Octubre en las “I Jornadas Técnicas de Mediación. Nuevos enfoques de la Justicia” convocadas por la Fundación Mediara. 20-21-October de 2011. Puerto de Santa María (Cádiz). Revista 1. Tribuna. Fundación Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía. Consejería de Justicia e Interior. 1-9-2012, pág. 9. Disponible en [fundacionmediara.com](http://es.scribd.com/doc/73355036) y en <http://es.scribd.com/doc/73355036>.

⁷⁷⁵ Países como Austria, Noruega y Holanda permiten en ciertos casos de violencia de género la mediación penal y otros procesos restaurativos.

4.2.c) Posturas en contra⁷⁷⁶.

Los argumentos a favor de la prohibición se basan fundamentalmente en el desequilibrio entre las partes⁷⁷⁷ y en el peligro que puede suponer, lo que ellos consideran, la reprivatización del conflicto.

Se argumenta que la igualdad entre las partes es un requisito necesario para que la mediación pueda tener lugar y resulte eficaz, sin embargo, en los supuestos de violencia de género existe una situación de desigualdad entre hombre y mujer que obstaculiza el proceso de mediación.

Esta línea es defendida, entre otros, por Del Pozo Pérez⁷⁷⁸.

Otro de los motivos que se alega en favor de la prohibición es la necesidad de protección de la mujer víctima de violencia de género. Se considera que el proceso de mediación puede poner en peligro la seguridad física y psíquica de la mujer que ha sido víctima⁷⁷⁹.

Laurenzo Copello⁷⁸⁰ estima que la Ley Integral prohíbe, con acierto, la mediación en todos los asuntos civiles relacionados con el divorcio, separación, relaciones paterno filiales y otros semejantes, cuando alguna de las partes del proceso haya sido víctima de violencia de género; entiende que con la mediación se justifican ciertas alternativas destinadas a “salvar” a la institución familiar, resultando ser una solución que sólo consigue incrementar el sentimiento de culpa tan característico de las mujeres maltratadas en lugar de facilitarles la conquista de su autonomía personal y la definitiva liberación del maltratador.

⁷⁷⁶ Un estudio más completo de los distintos argumentos en contra de la implementación de la mediación en los casos de violencia de género y doméstica lo encontramos, entre otros, en ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia 2008, págs 57 y sig.

⁷⁷⁷ Así lo pone de manifiesto ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia 2008, pág. 59 y sig.

⁷⁷⁸ Vid. DEL POZO PÉREZ, Marta “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la ley orgánica 1/2004?”, en *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis* (Coord. MARTÍN DIZ, Fernando) Ed. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, págs. 283-324. Op. Cit. págs. 297-299; y DEL POZO PÉREZ, Marta, “La imposibilidad de mediación en la violencia de género” en *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* (dir. FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, DEL POZO PÉREZ, Marta, y LEÓN ALONSO, Marta). Editorial Andavira, D. L. Santiago de Compostela 2012. ISBN 978-84-8408-656-7, págs. 33-57.

⁷⁷⁹ Para un estudio más amplio de este argumento, vid. DELGADO ÁLVAREZ, Carmen y SÁNCHEZ PRADA, Andrés, “La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas” en *La mediación en materia de familia y derecho penal..ob.cit.*

⁷⁸⁰ Vid. LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 16 Julio 2005, núm.07-08, págs..08:1-08:23, pág.7. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>.

En este mismo sentido se pronuncia Maqueda Abreu⁷⁸¹ para quien invocar la integridad o la dignidad familiar, como objeto de tutela en los casos de violencia masculina, debilita aún más la posición de la mujer ante el derecho y ante la sociedad misma al confirmar uno de los roles más presentes en su aprendizaje cultural: el de asumir la responsabilidad por su salvaguarda y sufrir la culpabilidad por su fracaso y en estas condiciones cobra sentido el éxito de estrategias que se realizan a costa de la mujer para garantizar la continuidad del núcleo familiar como el recurso a una mediación previa a la vía penal, rechazando por ello la autora la aplicación de vías alternativas como la justicia restaurativa en las que la mujer aparezca como parte implicada en el conflicto y no como su víctima, de forma que deba asumir su cuota de culpa en aras de la salvación de la pareja y de la familia.

4.2.d) Futuro incierto.

Tras el debate levantado con ocasión de la prohibición de la mediación en el ámbito de la violencia de género, lo cierto es que el Gobierno anterior (presidido por el PSOE) elaboró un Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya Disposición final segunda se disponía que:

“4. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la presente ley en el Boletín Oficial del Estado, elevará al Parlamento un proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, para su adaptación a lo establecido en la presente Ley”.

Y era de imaginar que una de las modificaciones que se harían para su adaptación a aquella nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal -que venía a regular la mediación penal-sería, precisamente, la de admitir la mediación en el ámbito de la violencia de género y doméstica, en respuesta a todas esas críticas recibidas en contra de su prohibición absoluta.

Aunque, por otra parte, como indica Villacampa Estiarte⁷⁸², en ningún precepto de este Anteproyecto de 2011 se impide la mediación penal, pero tampoco se deduce la necesaria derogación del actual art.87, ter de la LOPJ.

El nuevo Proyecto de Código Procesal Penal, presentado por el Gobierno del PP en 2013, si bien regula también la mediación penal como un mecanismo voluntario de

⁷⁸¹ Vid. MAQUEDA ABREU, M^a Luisa. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 20 Enero 2006. n° 08-02, págs. 7-8.

⁷⁸² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La Justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), Edit. Comares. Granada 2012, pág. 128.

solución del conflicto entre infractor y víctima que favorece el tratamiento legal de la víctima, lo cierto es que omite, igualmente, cualquier referencia a su aplicación o no en los casos de violencia de género o doméstica, por lo que no arroja luz alguna sobre esta controvertida cuestión.

Sí resulta un poco más esclarecedor el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima por cuanto exige como uno de los requisitos para poder acceder a servicios de justicia restaurativa que no exista prohibición legal para el delito cometido⁷⁸³. Y en los casos de violencia de género, por el momento, existe tal prohibición.

No obstante, aún hay autores, como Tamarit Sumalla⁷⁸⁴, que abrigan la esperanza de que, en consideración a que gran parte de la doctrina penal y muchos sectores de la judicatura se han mostrado críticos con la prohibición de la mediación en esta clase de delitos, en un futuro sea reformado al menos este aspecto de la Ley. Considera el autor que la aprobación de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012 constituye un argumento de peso a favor de esta opción puesto que esta Directiva ha superado la Decisión Marco de 2001, que obligaba al legislador nacional a regular la mediación penal tan solo en aquellos casos que considerara adecuados para ello (art. 10); sin embargo, la actual directiva dirige su mirada al conjunto de prácticas de justicia restaurativa y obliga a adoptar medidas que conjuren los riesgos que las mismas pueden suponer para las víctimas, sin establecer diferenciaciones en cuanto a las diversas clases de delitos.

4.2.e) Toma de postura.

En mi opinión, partiendo de la demostrada ineficacia del sistema de justicia actual en el tratamiento de la violencia de género y doméstica, resulta evidente que ha de darse cabida a nuevas formas de resolución de conflictos.

Los procesos restaurativos, y en concreto, la mediación penal, han dado resultados positivos en las experiencias llevadas a cabo.

La mediación penal produce unos beneficios constatados para las partes intervinientes.

Por lo que respecta a las víctimas, el proceso de mediación penal conlleva una mayor participación de la víctima en la resolución de su propio conflicto, lo que ocasiona un fortalecimiento de su posición. Los beneficios a favor de la víctima de maltrato, en

⁷⁸³ Vid. Anteproyecto de L.O. de Estatuto de las Víctimas del delito, art. 15.1d).

⁷⁸⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M. “El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, 139-160 eISSN: 2340-5155, pág. 156.

concreto, son:

-Se reduce (o elimina) la victimización secundaria.

-Se le concede mayor protagonismo, se le tiene en consideración, se le escucha y se tienen en cuenta sus opiniones y necesidades.

-Se le facilita un ambiente de diálogo y escucha, que contribuye a dar una solución pacífica al conflicto, con una considerable reducción del estrés traumático sufrido por la situación problemática que vive. Se constituye, de esta forma, en el medio adecuado para la solución pacífica del conflicto en aquellos supuestos de escasa gravedad y en aquellos otros que han sido archivados en el proceso judicial, siempre, claro está, que se den las circunstancias personales idóneas para participar en el proceso de mediación.

-Se le da la seguridad necesaria para que no sea agredida ni se sienta agredida en ningún momento, durante y después del proceso de mediación. Hay que tener en cuenta que, con carácter previo a la mediación penal, se ha valorado a las partes para comprobar su capacidad y conveniencia de participar en el proceso de mediación penal.

Como afirma Domingo de la Fuente⁷⁸⁵, “está demostrado que para una víctima de violencia de género, tener un espacio seguro para contar su historia, ser escuchada y comprendida, puede ser una gran experiencia” y la Justicia restaurativa puede ser beneficiosa para muchas víctimas de maltrato.

El agresor, por su parte, también se ve beneficiado por cuanto:

-El proceso de mediación penal favorece la admisión de responsabilidad al tiempo que elimina el deseo de venganza que, en ocasiones, se produce cuando se ve implicado en un proceso judicial.

-Al responsabilizarse de forma voluntaria y adquirir conciencia del daño producido, el infractor tiene mayor disponibilidad para cumplir lo acordado en el proceso de mediación penal. Aumenta, pues, el porcentaje de ejecución del acuerdo y de solución definitiva del conflicto⁷⁸⁶ a la vez que incrementa las posibilidades de mejora de la conducta futura del agresor.

-Evita, o reduce, la reincidencia.

Considero, por tanto, que el proceso restaurativo y, la mediación penal en particular, es el medio idóneo para resolver los conflictos de violencia de género y

⁷⁸⁵ Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Mediación en violencia de género: no, Justicia restaurativa y mediación penal: sí.* Blog *La otra Justicia*. 29 Mayo 2013.

⁷⁸⁶ Téngase en cuenta, además, que, en la mayoría de las ocasiones, el proceso penal da soluciones desproporcionadas al caso, de forma que, en lugar de resolver el conflicto, lo acentúa agravándolo; utilizando un símil, el proceso penal actúa, en algunos casos, como “un elefante en una cacharrería” o es como “matar moscas a cañonazos”.

doméstica siempre que concurren determinadas circunstancias, si bien, lógicamente, hay que partir del hecho de que la mediación penal en estos casos de violencia de género es distinta a la de las demás infracciones penales.

Hay un elemento especial que concurre en este tipo de delitos y que, de alguna manera, ha de caracterizar a la mediación, caso de producirse; a saber, la posible relación de afectividad existente entre las partes o, más determinante, de la víctima hacia el infractor.

Este factor, unido en ocasiones a un proceso largo y reiterado de maltrato, podría implicar un fuerte desequilibrio entre las partes en conflicto que llegaría a hacer inviable la mediación penal⁷⁸⁷.

Tampoco debe obviarse la relación de dependencia económica que puede existir entre víctima y agresor y que, en determinados supuestos, puede alcanzar tal envergadura que dificulte seriamente el proceso de mediación (aunque es cierto que este factor, con el apoyo público necesario, es más fácilmente superable).

Estas especiales características hacen que la aplicación de la mediación a los supuestos de violencia de género y doméstica no deban ser admitidas de una forma genérica y amplia, como tampoco se ha descartar a priori la mediación penal.

La cuestión, entiendo, ha de ser resuelta, teniendo en cuenta que no todos los casos de violencia de género pueden ser objeto de mediación, mediante el estudio de las circunstancias de cada caso en concreto.

Para ello habrán de tenerse en cuenta varios factores. Entre ellos:

1-En consideración a los sujetos: Cada una de las personas intervinientes en el proceso de mediación y afectadas por el conflicto ha de reunir unos requisitos y características especiales en los casos de violencia de género y doméstica:

a)-Uno de los sujetos que intervendrá -aún haciéndolo de forma voluntaria-, la víctima, puede tener una estrecha relación de afectividad, dependencia y/o sumisión hacia el agresor, sentimientos todos ellos que, cuando produzcan un fuerte desequilibrio de fuerzas entre el infractor y la víctima, impiden de forma categórica la participación en un proceso de mediación.

⁷⁸⁷ Es conveniente recordar aquí que la mediación penal se caracteriza, al contrario que la mediación en cualquier otro ámbito, por una desigualdad entre las partes, que produce un cierto y “razonable” desequilibrio, en el sentido de que una es la víctima, a la que hay que reparar, y la otra es el infractor, obligado a hacerlo. Cuestiones distintas son la igualdad de trato y de reconocimiento de derechos a las partes (común en toda mediación) y la igualdad de “estado de las partes”, referente a la capacidad de las partes para someterse a mediación. Conceptos, todos ellos, que es preciso distinguir. El desequilibrio al que aquí se hace referencia es al de la igualdad de estado o capacidad.

En estos casos no será recomendable recurrir a la mediación por cuanto no concurre la situación de igualdad⁷⁸⁸ que se requiere entre los mediados. Tampoco considero posible acudir previamente a un proceso de “adquisición de poder o capacitación” para la mujer víctima del maltrato o esperar a que tras una actuación terapéutica la víctima recupere el control y en ese momento acudir a la mediación⁷⁸⁹, porque la Administración de justicia, y más en el ámbito del derecho penal, ha de actuar de forma rápida para ser efectiva.

Una vez que, tras una terapia, la víctima adquiera de nuevo su control y se haya recuperado de las secuelas del maltrato, no necesita ni puede resultarle conveniente enfrentarse de nuevo al maltratador, y menos aún debe ser éste el camino a seguir -al contrario de lo que mantiene Subijana- cuando la víctima quiere continuar la convivencia con el victimario, porque de ser así se caería en la incongruencia de “recuperar” a la víctima para que ésta de nuevo entre en “los dominios” de su maltratador; se perpetuaría, así, una situación que, en definitiva, no llevaría más que a mantener la institución familiar en perjuicio de los intereses de la mujer, como teme algún sector de la doctrina ya citado, “*en lugar de facilitarles la conquista de su autonomía personal y la definitiva liberación del maltratador*”, como dice Lorenzo Copello.

Ha de tenerse en cuenta que la mediación penal no busca la reconciliación privada entre las partes -de la pareja, en los casos de violencia de género-, sino la reconciliación de infractor y víctima con la comunidad y con sí mismos. El agresor ha de responder ante la víctima y ante la comunidad. No supone, pues, una reprivatización del conflicto, como teme algún sector de la doctrina.

Otros factores a tener en cuenta a la hora de remitir un asunto de violencia de género o doméstica a mediación lo constituyen los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, ya que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa, con el consiguiente perjuicio que ello podría ocasionarle.

Resulta claro, pues, que la mediación en estos casos de fuerte desequilibrio de fuerzas entre las partes pierde su sentido.

Con el fin de evitar que este tipo de víctimas participen en un proceso de mediación sería conveniente que, con carácter previo, se valore de forma inmediata a la

⁷⁸⁸ Entendida en el sentido de “igualdad de estado entre las partes”. Ello, al margen, por supuesto, de que la víctima se someta a una terapia especial.

⁷⁸⁹ Propuestas que formulan Esquinas Valverde y Subijana Zunzunegui. *Vid.* ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género...* Ob. cit. y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. *“La igualdad y la violencia de género...”* Ob. cit.

víctima por la UVIVG⁷⁹⁰, para que ésta se pronuncie, sobre si el estado psicológico de la víctima es el adecuado o no para participar en un proceso de mediación, a cuyo fin debiera incorporarse al equipo técnico un mediador. Ello independientemente de que si se remitiera, no obstante, a las partes al proceso de mediación, y el mediador, en las entrevistas previas o iniciadas las sesiones de mediación, apreciara que existe desigualdad entre las partes, diera por concluida la mediación.

b)-Otro de los sujetos que interviene, el infractor, también debe reunir determinadas características.

En primer lugar, considero que también debe ser valorada por la UVIVG su capacidad para participar en el proceso de mediación con el fin de detectar el control o no por parte del infractor de su agresividad hacia la víctima. Este dato es de vital importancia de cara a crear un espacio de seguridad y confianza para la víctima, imprescindible para el desarrollo del proceso de mediación penal.

El infractor ha de tener “predisposición” de entendimiento hacia la víctima. Para ello es necesario que haya reconocido que ha actuado mal, que reconozca su culpa o, al menos, esté en disposición de hacerlo. El agresor debe responsabilizarse de sus actos.

No puede ser un maltratador por convicción ni reincidente ni que sufra alguna alteración mental (celotipia, por ejemplo), sino un infractor ocasional y sin alteración mental. Piénsese que la mediación tiende también a la “recuperación” del infractor, a propiciar en él la responsabilidad personal, y alguien convencido de que lo que hace “está bien” o “debe ser así” no podrá asumir su responsabilidad en los hechos en unas cuantas sesiones de mediación. Será preciso en estos casos que siga una terapia especial.

2-En cuanto a la gravedad y frecuencia de los hechos: En este aspecto parece existir más acuerdo entre la doctrina, con la que muestro conformidad, en el sentido de no admitir la mediación en aquellos casos de violencia habitual o sistemática y aquellas infracciones de mayor gravedad, y añadido, a consecuencia de las cuales se halla producido esa situación de desequilibrio a la que anteriormente he aludido.

Se trata, en general, de extraer del proceso criminal los supuestos más leves y aquellos con un grado de peligrosidad menor o nulo, tomando en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado y la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, pero sin olvidar que

⁷⁹⁰ Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, que elaborará un informe con una valoración integral de la víctima y su entorno familiar, acerca de la situación de la víctima y del escenario de riesgo en que pueda encontrarse, teniendo en consideración el entorno social, sus circunstancias personales y la personalidad del presunto agresor, informe que incluirá también una evaluación de riesgos y valoración de daños físicos y psíquicos.

ha de estarse siempre alerta puesto que, como afirma el Consejo General del Poder Judicial⁷⁹¹ cualquier acto de maltrato, por leve o aislado que sea, puede ser el germen de una violencia grave y continuada, por lo que, considero, de cara a una efectiva prevención de la violencia de género, no ha de restársele importancia a estos hechos.

Así, la mediación, en los casos de violencia de género y doméstica, debería admitirse siempre, si concurren las circunstancias de voluntad y capacidad de las partes, cuando se trata de un conflicto puntual y leve que no encierra peligrosidad alguna o que ésta sea mínima. Y solo ha de admitirse excepcionalmente para los supuestos más graves de violencia de género cuando no exista una situación de desequilibrio entre las partes⁷⁹².

La mediación se torna como el proceso adecuado en aquellos casos de las faltas del art.618 y 622 del Código Penal, los supuestos más leves de los arts 153-4º (lesiones leves y maltrato), 171-4 y 6º (amenazas leves), 172-2º (coacciones leves), art.227 (impago de pensiones), todos del Código Penal.

3-Por lo que respecta al resultado de la mediación: Desde mi punto de vista, ha de prestarse especial atención a dos cuestiones:

a)-En los procesos de mediación penal la víctima, en muchos casos, se da por satisfecha con el solo hecho de que el infractor reconozca su culpa y le pida perdón.

Considero que esta solución en los casos de violencia de género y doméstica no debe considerarse nunca suficiente, es necesario que el victimario repare el daño producido a la víctima de alguna otra forma, de lo contrario se estaría dando cabida legal a las reglas de actuación del maltratador.

La responsabilización del infractor ha de ir mucho más allá; ha de reparar, en el más amplio sentido de la palabra, a la víctima y a la comunidad, y esa responsabilización ha de conllevar la concienciación del daño causado y el firme y convencido propósito (no basta la promesa) de no repetir los actos de violencia.

b)-Para que el proceso de mediación penal pueda ser efectivo y la adopción de los acuerdos libre y voluntaria, es preciso suprimir la imperatividad en la imposición de la medida o pena de alejamiento, que ya ha demostrado sobradamente, en la práctica, que no solo no resuelve el conflicto sino que lo agrava y se convierte en fuente de mayores conflictos.

⁷⁹¹ Vid. CGPJ informe de 2001, *sobre violencia doméstica*. Disponible en www.poderjudicial.es.

⁷⁹² Si bien, es necesario aclarar que será excepcional el caso en el que, habiendo existido una situación de maltrato habitual, la víctima reúna las condiciones de capacidad y voluntad necesarias para concurrir a un proceso de mediación penal.

Por último, considero necesario hacer hincapié en que, como ya se señaló, la experiencia desarrollada en otros países⁷⁹³, así como los programas llevados a cabo en España, han demostrado que es en este tipo de conflictos donde la mediación obtiene mejores resultados: no sería inteligente, por parte del legislador, desaprovechar esta posibilidad.

La mediación penal se ha desvelado, a través de estas experiencias, como un medio eficaz no solo para prevenir este tipo de delitos, sino también para poner fin al conflicto, de forma que éste queda definitivamente resuelto entre las partes –dado que se trata desde su raíz- evitándose también posibles reincidencias por parte del infractor y consiguiéndose la “recuperación” de la víctima.

Es por ello, que considero que es el momento de dejar atrás la prohibición de la mediación en los casos de violencia de género o doméstica, que tal vez, en el año de publicación de la Ley, en 2004, tuvo sentido con el fin de concienciar a la ciudadanía de la importancia de no transigir con este tipo de violencia, que venía considerándose perteneciente al ámbito privado familiar.

Una vez desvinculada de esta concepción privada y reconocido que mediación penal no significa transigir, es necesario incorporar la mediación penal a la resolución de este tipo de conflictos.

VII. LA REPARACIÓN PENAL.

1. REPARACIÓN Y FINES DEL DERECHO. LA PROPUESTA DE ROXIN.

1.1. NECESIDAD DE LA REPARACIÓN INTEGRAL.

La protección de la víctima, en sentido amplio, debe ser una de las funciones del Derecho Penal.

Mientras la víctima -tanto individual como potencial, y la comunidad, en general- no se sienta satisfecha con el proceso penal y vea cubiertas sus expectativas, es decir,

⁷⁹³ Vid. entre otros, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Coordinadora) y CATALINA BENAVENTE, M^a Angeles, (Directora) *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. La Ley, Madrid, 2012; VVAA (dirigido por BARONA VILAR, Silvia). *La Mediación Penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España , EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

mientras no haya sido reparada, no puede considerarse restablecido el orden jurídico perturbado por la infracción penal cometida.

La reparación del daño se constituye, por ello, en un elemento esencial del Derecho Penal.

Tamarit Sumalla⁷⁹⁴ expone, en síntesis y de forma muy clara, los beneficios que reportan cada uno de los elementos que conforman la reparación integral. Así, expone:

“a) el reconocimiento del hecho y la asunción de responsabilidad por parte del infractor supone una confirmación del orden jurídico perturbado por el delito;

b) el reconocimiento del hecho y la reparación restauran las relaciones sociales dañadas por el delito y la confianza en estas relaciones;

c) la reparación integral, el reconocimiento del hecho y la disculpa reducen el impacto del hecho en la víctima y permiten compensar sus efectos;

d) la reparación simbólica o social compensa el daño causado a la sociedad;

e) la asunción de responsabilidad y el esfuerzo reparador suponen, desde la perspectiva del infractor, una carga aflictiva susceptible de ser validada parcialmente como sanción penal y puede mejorar las expectativas de su reinserción social”.

Respecto a este último punto, entiendo, a diferencia de Tamarit Sumalla, que la reparación integral puede llegar a constituir, no solo una validación parcial de la sanción penal, sino, en otros casos, una consecuencia jurídico-penal del delito, independiente de las otras dos consecuencias jurídicas: la pena y la medida de seguridad.

1.2. LA REPARACIÓN ANTE LOS FINES DEL DERECHO: LA TERCERA VÍA PROPUESTA POR ROXIN.

1.2.a) La Reparación según en la teoría inicial de Roxin.

Para Roxin, la reconciliación y la reparación se convierten en elementos esenciales del sistema de sanciones⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ Cfr. TAMARIT SUMALLA, Joseph, “Capítulo segundo. La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, págs 65.

⁷⁹⁵ Vid. ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LII, 1999, pág.7.

Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>.

Considera el autor que la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima presenta grandes ventajas prácticas para todos los afectados por el hecho punible: para la víctima, para el autor y, también, para la Administración de Justicia⁷⁹⁶.

Así, en los últimos años la reparación del daño derivado del delito ha cobrado especial protagonismo a raíz del interés suscitado respecto a la reparación del daño en Alemania y Austria a principios de la década de los 90 a manos de Roxin y Baumann, representantes de lo que se considera un hito importante en el estudio de las consecuencias jurídicas del delito: el “Proyecto Alternativo de la Reparación”; liderado por ambos autores, constituye una propuesta político-criminal que ofrece una regulación completa y global sobre la reparación en el ámbito de las consecuencias jurídico-penales del delito: basándose en el principio de subsidiariedad del Derecho Penal, el Proyecto propone la posibilidad de estimar la reparación del daño como sanción, entendiéndola como una tercera vía en el Derecho Penal junto a las penas y las medidas de seguridad.

Roxin en 1991 sostenía que la mediación/reparación debía aplicarse a todos los delitos y todos los delincuentes por ser de aplicación universal. Este es el criterio que se siguió en el Proyecto alternativo de reforma del Código Penal alemán de 1992 que recogía la incorporación de la reparación como tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad⁷⁹⁷ y que, pese a las controversias suscitadas, logró introducirse en el Código Penal alemán de 1994, que estableció mecanismos para permitir la renuncia o la atenuación de la pena, según los casos.

En el párrafo 1 del Proyecto Alternativo se define la reparación del daño como *“la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor. Sirve a la restauración de la paz pública. La reparación debe realizarse, en primer lugar, a favor del lesionado; cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí misma, entonces también entra en consideración la reparación frente a la colectividad”*⁷⁹⁸.

Esta innovadora propuesta, aunque no tuvo éxito, comienza a abrirse paso, si bien tímidamente, entre las más avanzadas legislaciones⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Vid. ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación...*ob.cit. pág. 7.

⁷⁹⁷ Para supuestos especiales como delitos sin víctima (medio ambiente), responsables insolventes o delitos sin daños concretos, la reparación tenía un contenido simbólico de compensación a la comunidad.

⁷⁹⁸ Vid. *Proyecto Alternativo sobre reparación penal*. Munich, 1992, del que, como ya se dijo, existe una traducción al español realizada por Beatriz De la Gángara Vallejo en 1998.

⁷⁹⁹ No ocurre así en la legislación española pues el legislador español se ha decantado por la opción más conservadora desde un punto de vista político-criminal, considerando la reparación como una circunstancia atenuante para graduar la pena (art. 21.5 CP), mientras que el legislador alemán, el austriaco y el portugués otorgan a la reparación surgida del consenso una mayor incidencia en el sistema penal. En Alemania y Portugal existe la posibilidad de reprochar la conducta y prescindir de la pena y en Austria, la reparación,

De hecho, en la normativa alemana, en el párrafo 153b StPO, se establece la posibilidad de prescindir de la persecución del delito o de interrumpir el proceso -antes de la iniciación del juicio oral- si concurre alguna de las circunstancias en las que es posible reducir la pena más allá del límite mínimo legal o, incluso, renunciar a la pena, entre las que se encuentra el supuesto del párrafo 46a StGB que concede una gran relevancia no solo al acto de la reparación sino también a los esfuerzos realizados por el infractor en ese sentido, de forma que el autor deberá haberse esforzado seriamente por reparar el daño ocasionado y por compensar su acto delictivo, indemnizando en todo o en su mayor parte a la víctima por el hecho cometido⁸⁰⁰.

En la normativa austriaca se recoge una alternativa similar al contemplar, en el párrafo 90g de la Ley Procesal Penal, la renuncia del Ministerio Fiscal o del órgano judicial a la persecución penal tras la compensación extrajudicial del hecho, siendo necesario, entre otras exigencias, que el acusado repare de forma adecuada a las circunstancias el daño ocasionado o contribuya de algún modo a equilibrar dicho resultado.

1.2.b) La reparación en los fines de la pena.

La reparación integral responde, además, por sí misma, a los fines del Derecho Penal⁸⁰¹.

Galain Palermo⁸⁰² nos recuerda que la reparación integral que otorga satisfacción a la víctima y conjuntamente a la sociedad en general (restaurando la «paz jurídica»), encaja perfectamente dentro de los fines de la pena⁸⁰³.

junto con otras condiciones, permite no aplicar una pena.

⁸⁰⁰ Algunos autores ponen en duda que efectivamente ésta sea una entrada en el Código Penal germano a la idea de reparación tal como la concibe Roxin y el Proyecto Alternativo. *Vid.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal.* Dyckinson S.L. Madrid 2010, op. cit. pág 44.

⁸⁰¹ Esta afirmación se hace sin olvidar que la cuestión de determinar los fines de la pena es muy controvertida en la doctrina. De hecho, existen numerosas opiniones sobre la misión del Derecho Penal, de las que, como señala Morillas Cueva, cabe sacar dos conclusiones que responden al sentir mayoritario: el Derecho Penal tiene una doble función de protección, de los bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social, y de prevención. Así, puede afirmarse, desde el punto de vista del autor, que la función básica del Derecho Penal es la protección de la comunidad social mediante la específica protección de los bienes jurídicos seleccionados por el legislador penal, de los valores fundamentales de la sociedad. Y esta labor se lleva a cabo por medio de la segunda función, la de prevención, ya sea prevención general ya especial. *Vid.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “*Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro*” en *Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo Sr. D. Luis Portero García.* Publicaciones Universidad de Granada 2001. También en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-06.2002, disponible en criminetugr.es/recpc.

⁸⁰² *Vid.* GALAIN PALERMO, Pablo, “*¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*”. *Redur* 3/2005, págs. 214-215.

Roxin, quien mantiene que la reparación del daño no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena⁸⁰⁴, explica claramente, desde mi punto de vista, esta relación de la reparación con los fines de la pena y su incidencia en la consecución del restablecimiento de la paz jurídica perturbada⁸⁰⁵:

1-Desde la perspectiva de la prevención general positiva, afirma Roxin⁸⁰⁶ que el Derecho penal ha de transmitir a la población confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse. Y para alcanzar este efecto de confianza señala como uno de los presupuestos esenciales la reparación, junto al acuerdo de compensación entre autor y víctima.

De esta forma, sostiene⁸⁰⁷ que el compromiso del delincuente que se haya esforzado por reconciliarse con la víctima, que emprende esfuerzos para la reparación del daño, que presta trabajo en interés de la comunidad o que se somete voluntariamente a terapia especial que requiere su intervención personal, tiene favorables efectos preventivo-generales. Y ello porque la generalidad ve en estas conductas que el delincuente busca retornar a la legalidad a través de acciones autorresponsables y esto sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente.

En consonancia con ello, como señala Galain Palermo⁸⁰⁸, para que la población confíe en su sistema normativo y de justicia no hace falta imponer penas ejemplarizantes, sino que basta con que los ataques más intolerables sean perseguidos y juzgados. Como afirma el autor, esas penas pueden causar el efecto contrario y producir solidaridad con el delincuente, quien, en lugar de asumir su responsabilidad, se siente, a su vez, víctima de un sistema “injusto”.

⁸⁰³ Si bien la doctrina mayoritaria sostiene que es a la prevención general positiva a la que mejor se acomoda. Vid. ALCACER GUIRAO, Rafael, “*La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5°...ob.cit.pág. 87*. En el mismo sentido, ROLDAN BARBERO, Horacio, “*La Mediación Penal entre el orden legal y la voluntad de mejorar*”. Revista de Derecho Penal nº 11. 2003, pág. 132.

⁸⁰⁴ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal). Edit. Civitas. Madrid 1997, pág.109; ROXIN CLAUS. *Derecho Penal. Parte General Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas ediciones, S.L., Madrid 2006; y ROXIN, Claus, “*Cambios en la teoría de los fines de la pena*” en ROXIN, Claus *La teoría del delito en la discusión actual* (traducción de. Manuel Abanto V., Edit. Grijley, Lima, Perú, 2007, pág.87.

⁸⁰⁵ Conviene recordar aquí que Claus Roxin propone la “Tercera Vía” dentro de la teoría de la pena, referida básicamente a la reparación voluntaria del daño causado por parte del delincuente.

⁸⁰⁶ Vid. ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Vol. LII, 1999. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>, pág. 11.

⁸⁰⁷ Vid. ROXIN, Claus, “*Cambios en la teoría de los fines de la pena*” en ROXIN, Claus *La teoría del delito en la discusión actual* (traducción de. Manuel Abanto V., Edit. Grijley, Lima, Perú, 2007, pág.87.

⁸⁰⁸ Vid. GALAIN PALERMO, Pablo, “*¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*”. Redur 3/2005, pág.187.

Entiende Galain Palermo, en opinión que comparto, que la pena debe cumplir con una función retributiva⁸⁰⁹ y con una función preventiva, pero también, la pena debe cumplir una función reparadora, ya sea para con la víctima directa del delito o para con la sociedad en general. Por ello, afirma, la pena en sí misma considerada debe tender a la reparación. A la reparación del sistema normativo resquebrajado, a la reparación de las normales condiciones de convivencia pacífica, a la reparación de la “paz jurídica”, sin descuidar a la reparación de la situación de la víctima. De esa forma brindaría un mensaje general a la población de estar nuevamente en sintonía con los designios básicos de una pacífica vida comunitaria⁸¹⁰.

Una vez se haya conseguido la restauración de la situación a su estado original (o su esfuerzo significativo) a través del comportamiento positivo posterior del delincuente, puede que la pena no sea “necesaria”, pues, siguiendo a Galain Palermo⁸¹¹, la prevención debe comenzar con la norma, pero culminar con la imposición de la pena, siempre que ella sea necesaria a estos mismos efectos.

En términos parecidos, sostiene Roxin⁸¹² que la pena solo debe ser aplicada cuando el resultado no puede alcanzarse con otros medios menos gravosos. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la responsabilidad y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho Penal. La reparación descansa así, en el principio de subsidiaridad de la pena.

Roxin⁸¹³ resalta la importancia de que la pena tenga una función preventiva, tanto general como especial, de forma que no es suficiente para castigar la sola culpabilidad del agente, si no concurre aquélla. Así, si no existe una necesidad de castigo, ni desde el punto

⁸⁰⁹ Al contrario de lo que viene defendiendo Roxin, quien desde mediados de los años 60 se enmarca en la teoría unificadora o dialéctica de la pena, que conjuga aspectos exclusivamente preventivos, rechazando la retribución como fin de la pena.

⁸¹⁰ Cfr. GALAIN PALERMO, Pablo, “¿La reparación del daño...ob.cit. pág.194.

⁸¹¹ Vid. GALAIN PALERMO, Pablo, “¿La reparación del daño...ob.cit. pág 215 y 191.

⁸¹² Cfr. ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación...*ob.cit. pág 13.En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal). Edit. Civitas. Madrid 1997, pág.109.

⁸¹³ Vid. ROXIN CLAUS. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, cap.3º. ROXIN, Claus, “Cambios en la teoría de los fines de la pena...ob.cit.

de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general⁸¹⁴, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse.

Esta visión de la pena responde, desde mi punto de vista, con mayor eficacia que el sistema de penas español actual⁸¹⁵, al principio que debemos tener presente, ya afirmado por Montesquieu⁸¹⁶, de que “toda pena que no derive de la necesidad es tiránica”.

Considera Roxin⁸¹⁷ que la prevención general constituye una importante finalidad de la pena. Y ello porque al Estado le debe interesar, no solamente impedir que se produzcan condenados por delitos, sino también impedir, influyendo en la totalidad de la ciudadanía, que se cometan delitos. El autor explica que hay un notable cambio de la finalidad preventiva general de la pena por cuanto el destinatario de la prevención general ya no es solamente el que está en peligro de caer en la criminalidad. Señala que hay un retroceso en la prevención negativa en esta reciente discusión. El destinatario de la prevención positiva es, sobre todo, el ciudadano fiel al Derecho, a quien se debe transmitir mediante la justicia penal en funcionamiento una sensación de seguridad y una actitud aprobadora frente al Estado y al ordenamiento jurídico.

2-Desde la perspectiva de la prevención especial, la reparación desempeña también un papel esencial. Expone Roxin⁸¹⁸, en razonamiento que comparto, que la obligación de reparar el daño causado, y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, puede llegar a influir mucho más positivamente en la actitud social del autor. Esto es así porque si el autor se tiene que ocupar personalmente⁸¹⁹ del daño producido por la infracción que él ha cometido, tendrá que enfrentarse con las consecuencias de su propio comportamiento y podrá comprobar los efectos perniciosos del mismo, contribuyendo, así, a una modificación de su deficiente orientación social.

⁸¹⁴ Recordamos aquí la inter-relación entre una y otra función preventivas, que expresó claramente Walter Kargl con la frase de: “Solo lo que es eficaz en términos preventivo-especiales tiene dimensión preventivo-general”. WALTER KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz, aufder Basis der kognitiven Handlungstheorie (El dolo jurídico penal sobre la base de la teoría cognitiva de la acción)*, Francfort 1993, pág 69-70, citado por RAGUÉS VALLÉS, Ramón, en “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo. Comentario a la STS de 24 Noviembre de 1995” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. XLIX, fasc. II.1996, págs 795-822.

⁸¹⁵ Que tiene en su escala como principal y prioritario exponente a la pena de prisión.

⁸¹⁶ MONTESQUIEU. *Del espíritu de la Leyes*.

⁸¹⁷ Vid. ROXIN, Claus, “Cambios en la teoría de los fines de la pena...ob.cit. págs. 78-79.

⁸¹⁸ Vid. ROXIN, CLAUD. *Pena y Reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Vol. LII, 1999. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net> , pág.10.

⁸¹⁹ No hay que olvidar que se parte de que la reparación ha de ser un acto voluntario.

En definitiva, afirma Roxin⁸²⁰, la comprensión de tener que hacer algo social constructivo y de remediar las consecuencias de su mala acción mediante buenas acciones puede ayudarle mucho a llevar en el futuro una vida conforme a la legalidad. De esta forma, la reparación tiene un efecto resocializador⁸²¹.

De igual manera, Arias Madrigal⁸²² afirma que la confrontación del autor con el hecho, sus consecuencias y con la víctima le hace tomar conciencia de los daños producidos y ese es el camino de la rehabilitación.

Existe, mantiene Arias Madrigal, un mayor protagonismo del autor en el sistema de consecuencias penales frente al delito que le permite respetar en el futuro las normas jurídicas, a diferencia del sistema tradicional que conduce a la disolución del individuo en las necesidades del sistema social.

La víctima, por otro lado, se incorpora en un proceso de recuperación y sanación, conoce los motivos del autor y elimina los temores hacia una nueva victimización.

Por su parte, Galain Palermo⁸²³, afirma que, interpretando a la reparación desde un punto de vista penal, es decir, prevención general positiva (retorno de la paz jurídica, de la confianza en la norma, estabilización de la norma como pauta de conducta), prevención especial positiva (menor índice de peligrosidad del autor, intento de retorno a la vida pacífica en sociedad), prevención general negativa (a partir de la exigencia de Beccaria: “certeza y prontitud de la pena antes que severidad”) y con el límite de la retribución (proporcionalidad), pueden considerarse determinados actos de reparación como “sustitutos” de la pena, por dar satisfactorio cumplimiento a los fines que con ésta se pretenden obtener.

Atendiendo a estos efectos preventivos de la reparación del daño y a los beneficios que produce en la víctima y en la comunidad, entiendo que hay que considerar seriamente la posibilidad de que, en efecto, la reparación constituya una tercera vía, junto a la pena y la medida de seguridad, como propone Roxin.

⁸²⁰Vid. ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación...*ob.cit. pág.10. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal). Edit. Civitas. Madrid 1997, pág.109.

⁸²¹ No obstante, el autor se queja de que, si bien la prevención especial rigió como finalidad predominante de la pena en las primeras décadas de la posguerra y ha influido permanentemente en la Parte General del Código Penal alemán, vigente hasta 1975, esta idea ha desaparecido en la actualidad. Señala que la prevención general domina el terreno y esto, dice, es lamentable porque la finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delito es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar la criminalidad. Vid. ROXIN, Claus, “Cambios en la teoría de los fines de la pena...”ob.cit. pág. 75.

⁸²² Vid. ARIAS MADRIGAL, Doris M^a “Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia Restaurativa”, pág. 9.

Disponible en www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones/view.

⁸²³ Cfr. GALAIN PALERMO, Pablo, “¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”. Redur 3/2005, pág. 211.

Desde la vertiente de la prevención, ésta, como decía Beccaria, no requiere de una determinada severidad de la pena, sino que su eficacia preventiva depende más de la certeza de su aplicación, que de su severidad⁸²⁴.

De ahí que, considero, baste con que el infractor tenga la certeza de que ha de responder ante la víctima y ante la comunidad por el delito cometido, pero para ello no es necesario imponer una pena severa, es suficiente y resulta más eficaz, en términos preventivos, una respuesta jurídico-penal adecuada y proporcionada al daño ocasionado y a las circunstancias de víctima⁸²⁵ e infractor.

En consecuencia, entiendo que para aquellos infractores, que no sean delincuentes habituales o peligrosos, que son conscientes del daño ocasionado y que reconociendo los hechos, asumen su responsabilidad y se involucran personal y voluntariamente en la consecución de la reparación integral del daño -tanto el daño personal a la víctima directa como el daño social- para restablecer la paz social perturbada, puede bastar, como pena, según los casos, esta reparación integral. Y solo en aquellos casos en los que la gravedad y/o violencia que se desprenden del hecho delictivo, o el insuficiente esfuerzo realizado por el infractor, impiden alcanzar la reparación integral, entonces aquélla puede actuar como atenuante.

1.3. EL FUNDAMENTO DE LA TERCERA VÍA.

Galain Palermo⁸²⁶ plantea la cuestión del fundamento de esta tercera vía propuesta por Roxin. Mantiene que, mientras las otras dos vías punitivas existentes poseen un fundamento claro: el principio de culpabilidad, como medida y límite máximo de la pena, y la peligrosidad del sujeto para la medida de seguridad –aún cuando reconoce que ni la pena y la medida de seguridad cumplen con los fines que deberían cumplir-, la reparación, en cambio, carece, por el momento, de ese fundamento dogmático.

Roxin⁸²⁷ entiende que la legitimación político-jurídica de la reparación del daño como tercera vía la proporciona el principio de subsidiariedad: así como la medida sustituye o completa a la pena, como segunda vía, donde ésta, a causa del principio de

⁸²⁴ Citado por Larrauri Pijoan, aunque la autora manifiesta no compartir este criterio. *Vid.* LARRAURI PIJOAN, Elena, “*Criminología: abolicionismo y garantismo*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Vol. L, 1997, págs 155-156. Disponible en [www. cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net).

⁸²⁵ Entiendo que la víctima, en sentido amplio, ha de ser necesariamente reparada.

⁸²⁶ *Vid.* GALAIN PALERMO, Pablo, “*¿La reparación del daño...ob.cit. pág. 217.*”

⁸²⁷ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal). Edit. Civitas. Madrid 1997, pág.109-110.

culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo-especiales, la reparación, como tercera vía, sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los que satisfaga los fines de la pena y las necesidades de la víctima, igual o mejor que una pena no atenuada.

De esta forma, como el principio de culpabilidad reclama la segunda vía, sería el principio de subsidiariedad el encargado de reclamar la tercera vía. El recurso a la pena está justificado cuando los fines que se persiguen con ella no se puedan alcanzar por otro medio menos lesivo. Ese medio menos lesivo sería la reparación.

Sostiene Roxin que el principio de culpabilidad está ligado al de responsabilidad. La existencia de culpabilidad no implica la necesidad de una pena, así como no se puede penar sin culpabilidad. La culpabilidad no determina la pena sino las necesidades preventivas especiales o generales, y justifica la pena solo hasta el marco de lo preventivamente exigible⁸²⁸.

Roxin⁸²⁹ desarrolla la idea sobre limitación recíproca entre la culpabilidad y la prevención. La culpabilidad es un límite de la pena, de manera que la pena no podrá rebasar nunca la medida de la culpabilidad pero sí podrá reducirse si así lo aconsejan los criterios preventivo-especiales (resocialización del delincuente...).

Afirma García Palermo⁸³⁰ que la reparación voluntaria no puede eliminar determinados efectos que trae aparejada la intervención del Derecho penal, especialmente en cuanto a dos funciones esenciales: la declaración de la culpabilidad y la declaración de la existencia del delito. Ahora bien, cuando se ha reparado el daño social se requiere de una tercera función: la declaración de no necesidad de pena.

En consecuencia, la responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal.

Entiendo que partiendo de la consideración de que la reparación ha de ser un acto plenamente voluntario y consciente del infractor, que colabora activamente en el

⁸²⁸ Contrario a esta relación entre culpabilidad y responsabilidad se muestran autores como Jescheck, que entiende que culpabilidad y prevención general pertenecen a dimensiones distintas y tiene significados independientes por lo que la una no puede englobar a la otra. Solo el principio de culpabilidad puede servir de fundamento al Derecho Penal, y sólo el principio de culpabilidad puede aplicarse como principio de medición de las penas en cuanto que obliga a la sentencia judicial a fijarse básicamente en los hechos y no incluye en el proceso penal la completa historia vital del acusado, dándose por supuesta la responsabilidad de todos los seres humanos frente al resto de los miembros de la colectividad. *Vid.* JESCHECK, Hans-Heinrid, “*El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad*”. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología -Eguzkilore- nº 9. San Sebastián 1995, págs 25-38.

⁸²⁹ *Vid.* ROXIN, Claus. “*El principio de culpabilidad y sus cambios*”. (Traducción y edición: Manuel Abanto Vásquez) en *Dogmática Penal y Política Criminal*. Edit. IDEMSA. Lima, Perú, 1998, págs. 298-324.

⁸³⁰ Cfr. GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, págs 163-164.

restablecimiento de la paz social perturbada por su hecho delictivo, su fundamento deviene de la asunción de responsabilidad, que puede conllevar, en aplicación del criterio de necesidad preventiva de la sanción penal, a que se prescindiera de la imposición y cumplimiento de la pena en determinados casos.

Tal como recuerda García Palermo⁸³¹, superado el período de dominio de la Escuela Clásica, la mayoría de los Códigos Penales heredaron de la corriente criminológica-positivista el sistema dualista o binario, que orienta políticamente el alcance de la norma penal hacia dos tipos de individuos o autores potenciales:

- el sujeto culpable, para el que dispone de la pena, y
- el sujeto peligroso, para el que reserva la medida de seguridad.

Es posible que haya llegado el momento de aceptar e incorporar al sistema penal un tercer tipo de individuo, el sujeto responsable, propuesto por la teoría de la reparación voluntaria como una tercera vía punitiva.

1.4. CRITICAS A LA TEORÍA DE LA TERCERA VÍA PROPUESTA POR ROXIN.

Esta teoría de la “tercera vía” de Roxin, aún cuando tiene muchos seguidores, entre los que cabe citar, entre otros, a Queralt Jiménez⁸³² aunque con ciertas objeciones, a Herrera Moreno, a García Pablos de Molina, a Ocrosopoma Pella, a Martínez Arrieta⁸³³, cuenta con un gran número de detractores.

Todas estas críticas han sido rebatidas por el propio Roxin y por los seguidores de su teoría.

Entre los detractores, encontramos en la doctrina española, a Silva Sánchez⁸³⁴ para quien estas nuevas propuestas restauradoras en el Derecho Penal podrían implicar una amenaza a los principios penales clásicos, a las garantías del imputado y a las de la propia

⁸³¹ Cfr. GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág.161.

⁸³² Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Enero-Abril, fascículo 1, MCMXVI, 1996, págs 129 y sig.

⁸³³ Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, págs. 237-241; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, Tirant lo blanch. Valencia, 1996, pág. 55 y sig; OCROSPOMA PELLA, Enrique, “La reparación penal”. 15 Sept 2002, disponible en Derecho.com; MARTINEZ ARRIETA, Andrés, “La mediación y su incorporación al proceso penal español”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre de 2002, disponible en www.uc3m.es/larevistilla, pág.60.

⁸³⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, Mª “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”. Revista Poder Judicial. nº 45. 1997.

víctima, aunque llega a reconocer los efectos preventivos generales de integración y de prevención especial resocializadora que una sanción reparadora llevaría aparejados.

Silva Sánchez⁸³⁵ llega a aceptar la posibilidad de la reparación como sanción penal para los delitos de poca gravedad, con base en su significado simbólico-comunicativo, al hecho de someter a una persona a un proceso penal, declarar el injusto realizado, la culpabilidad del mismo y la imposición de una sanción penal, “aunque sea reparatoria”.

Pérez Cepeda⁸³⁶, aunque reconoce efectos preventivos a la reparación como pena autónoma o alternativa a la pena de cárcel, e incluso, que pueda regularse de tal manera que cumpla el resto de los caracteres que tiene la pena, fijando su aplicación atendiendo al daño producido, la culpabilidad y a la capacidad económica del autor, se muestra mucho más tajante al sostener que modifica sustancialmente el sentido de la reacción penal frente al delito, puesto que se privatiza el sistema penal.

También se muestra contraria a que se deba establecer la reparación como pena para los delitos de poca entidad. Considera que en estos casos siempre es más positivo, en lugar de acudir a una alternativa, despenalizarlos directamente y que se sancionen según el Código Civil. De este modo, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil, que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo estos desencuentros interpersonales.

También Morillas Cueva⁸³⁷ señala como punto débil, entre otros, de esta concepción de la reparación, el hecho de que en determinadas circunstancias puede llevar a presiones sobre las víctimas, intimidaciones, amenazas, o la puesta en riesgo de algunos principios básicos del Derecho Penal (legalidad, igualdad, proporcionalidad), etc, si bien no se muestra totalmente contrario sino que aconseja actuar con prudencia y siempre dentro de los principios garantistas que orientan el Derecho Penal.

Tamarit Sumalla⁸³⁸ no comparte esta teoría de Roxin por cuanto considera que no satisface los fines propios de las sanciones penales.

Alcácer Guirao⁸³⁹ sintetiza las objeciones a “la tercera vía” en las siguientes⁸⁴⁰:

⁸³⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, M^a “Sobre la relevancia jurídico-penal...ob.cit. pág. 26 y pie de página nº 61, final.

⁸³⁶ Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Vol. I. VVAA. (dirigido por ARROYO ZAPATERO, Luis, y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y coordinado por NIETO MARTÍN, Adan). Edición Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca. Cuenca 2001, págs 470 y 477.

⁸³⁷ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Dyckinson S.L. Madrid 2010. Op.cit pág. 44-45.

⁸³⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit.Aranzadi. Pamplona, 1998, pág. 218.

1.- El autor de un delito ya está obligado a reparar civilmente el daño causado, pues la ley ya le obliga a realizar ese comportamiento a favor de la víctima, por lo que el cumplimiento de este deber no puede beneficiarle eximiéndole de la pena.

2.- La consideración de la reparación como tercera vía, contribuye a restar eficacia preventiva al Derecho Penal, ya que el infractor puede contar con que queda exento de la pena si repara.

3.- Se produce una contradicción con la orientación a favor de la víctima del delito, puesto que, al producirse un detrimento de la prevención, puede suponer una desatención a las víctimas potenciales.

4.- El origen civil de la reparación contradice el carácter ético-social que toda norma y sanción penal debe conllevar. La pena debe comunicar el contenido valorativo de la norma, poseyendo un contenido afflictivo, que si se sustituye por una consecuencia restitutiva propia del derecho civil y de carácter voluntario, el mensaje valorativo de la sanción penal se debilita.

5.- La inclusión de la reparación como tercera vía atenta contra el principio de igualdad. De una parte, al constituir la reparación principalmente una prestación de contenido económico, se crea una desigualdad entre los infractores, ya que mientras unos podrán hacer frente a su abono (por ejemplo, los delincuentes de cuello blanco), obteniendo así una nueva vía de escape a la maquinaria punitiva estatal, otros, por carecer de medios, no quedaran exentos de pena. Por otra, porque al partirse de la satisfacción del daño producido a una concreta víctima, quedan fuera de su alcance los delitos sin víctimas o que protegen bienes jurídicos supranacionales, así como los delitos sin resultado y las tentativas de hechos delictivos.

2. REPARACIÓN Y MEDIACIÓN PENAL.

Ya hemos visto la importancia que para la víctima, en sentido amplio, tiene la reparación y la necesidad de que ésta sea integral.

Cabe plantearse si la mediación penal es un cauce adecuado para su consecución.

⁸³⁹ Vid. ALCACER GUIRAO, Rafael, “*La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5°...ob.cit.* págs 89-92.

⁸⁴⁰ La mayor parte de estas críticas son hechas por Silva Sánchez en SILVA SÁNCHEZ Jesús, M^a “*Sobre la relevancia jurídico-penal...ob.cit.*”

Como afirma Arias Madrigal⁸⁴¹, el Derecho penal tradicional se basa en la responsabilidad pasiva; es decir, a un sujeto determinado se le realiza una imputación subjetiva, comprobándose si, de acuerdo a unos criterios jurídico-penales, le es exigible un comportamiento conforme a la ley y una vez confirmado, se le impone al autor una pena en forma retributiva.

En cambio, en la Justicia restaurativa, de la que forma parte la mediación penal, se fomenta una responsabilidad activa, caracterizada por su dinamismo y por una actitud de diálogo en que autor y víctima buscan la mejor manera de reparar el daño causado por el hecho. En esta justicia, más cercana, se resalta el comportamiento postdelictivo positivo orientado a la reparación del daño y a la superación de las consecuencias del hecho ilícito.

Esta responsabilidad activa, siguiendo a Arias Madrigal, consiste en que el autor es confrontado con el hecho, y con la víctima, asume la responsabilidad en la reparación del daño y, especialmente, en la restauración de las relaciones.

En la mediación penal, como instrumento de la Justicia restaurativa, la reparación es un acto personal, voluntario y responsable del victimario, quien se involucra de forma directa en su consecución.

La Justicia restaurativa y, por ende, la mediación penal, se concentra en el daño infringido a la víctima y en la amenaza que el hecho supone para la paz social y la seguridad pública. El énfasis se pone en el daño y, por tanto, la respuesta al delito se dirige a la disminución de estos daños, o lo que es lo mismo, a la reparación a la víctima y al restablecimiento de los intereses públicos afectados⁸⁴², mediante el reconocimiento de la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que se generaron con el delito.

Por ello, a diferencia del sistema jurídico penal actual, el éxito del proceso no está dado por el *quantum* de la pena, sino por la reparación efectiva del daño causado⁸⁴³.

También Palma Chazarra⁸⁴⁴ resalta la importancia que la reparación tiene para la mediación penal al sostener que la reparación -tanto material como inmaterial- constituye un principio general de orientación del proceso de mediación.

⁸⁴¹ Vid. ARIAS MADRIGAL, Doris M^a “*Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia Restaurativa*”, pág. 7.

Disponible en www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones/view.

⁸⁴² Vid. CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, “*La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*” Revista Jueces para la Democracia, n^o 34, marzo 1999, pág. 82. Disponible también en www.dianelt.unirioja.es.

⁸⁴³ Vid. ARIAS MADRIGAL, Doris M^a “*Reflexiones teóricas y prácticas...*ob.cit. pág. 7.

⁸⁴⁴ Vid. PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, pág.446.

Por supuesto, como señala Domingo de la Fuente⁸⁴⁵, esta reparación debe ir más allá de la compensación económica del daño a la víctima en particular; el contenido de la reparación es más profundo y su valor es, ante todo, ético, moral y social.

Se trata, como bien dice la autora, de la restauración de los “lazos quebrados” entre las personas: entre víctima e infractor, víctima y comunidad, infractor y comunidad e incluso entre miembros de la sociedad entre sí⁸⁴⁶.

De esta forma, la reparación en la mediación penal tiene, como indica Domingo de la Fuente, una visión más trascendental puesto que trata de atender las necesidades de todas las víctimas, reintegrar al infractor de nuevo en la sociedad y conseguir así una sociedad más segura y pacífica.

En definitiva, se puede concluir que la forma más adecuada para alcanzar la reparación es la Justicia Restaurativa, y, con ella, la mediación penal, puesto que se ha constatado que es una vía de solución de conflictos en la que la reparación se conforma como un fin en sí misma.

La mediación, tal como recuerda Mejías Gómez⁸⁴⁷, es la mejor manera de reparar, de forma integral el daño a la víctima, así como el daño “colateral” a la sociedad, que produce todo delito.

Además responde plenamente a los fines del derecho penal.

La mediación penal, como instrumento de la justicia restaurativa, tiene como fines tanto la prevención del conflicto como la reparación⁸⁴⁸.

Por un lado, la mediación constituye un instrumento de prevención general positiva pues posibilita la toma de conciencia por parte del infractor del daño inferido y el alcance de sus acciones, lo que puede evitar que vuelva a repetirlos en el futuro⁸⁴⁹.

Por lo que respecta a la víctima, al sentirse reparada -material y/o emocionalmente- recupera el sentimiento de seguridad y de confianza en la justicia. Con ello se restablece la

⁸⁴⁵ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012 pág. 75.

⁸⁴⁶ Eso es así porque el delito desde la perspectiva de la Justicia Restaurativa ya es visto no sólo como una violación de las normas escritas creadas por el Estado, sino como una vulneración de los lazos entre los individuos. Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Contexto teórico-práctico de la justicia...op.cit. pág.75.

⁸⁴⁷ Vid. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, pág. 40.

⁸⁴⁸ Como dice González Ramírez, sería vano discutir si el sistema restaurativo tiene uno u otro fin ya que ambos le son afines. Vid. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico”. Revista Justicia Restaurativa nº 2-Marzo 2012, op.cit. pág.25.

⁸⁴⁹ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2012, pág. 134.

paz social, se afirma el orden jurídico y se manifiesta la fuerza prevalente del derecho-objetivos característicos de la prevención general positiva- cumpliéndose, así, los sentimientos de justicia de la sociedad⁸⁵⁰.

Y, por otro, cumple con la finalidad de la prevención especial por cuanto es un mecanismo de socialización, de integración o rehabilitación⁸⁵¹.

Por último, no hay que olvidar tampoco que, tal como señala, entre otros, González Ramírez⁸⁵², la Justicia restaurativa puede ofrecer una respuesta al sistema preventivo penal, particularmente cuando es aplicada en el ámbito escolar y comunitario, provocando un efecto preventivo especial referido al ofensor y su entorno, y preventivo general dirigido a la comunidad, motivándola con un mensaje positivo que promueva la resolución pacífica de los conflictos penales.

3. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

3.1. INTRODUCCIÓN.

Como ya se comentó, la reparación del daño⁸⁵³ a la víctima cobra especial relevancia a raíz de las nuevas ideas aportadas por autores como Roxin y Baumann -los promotores del “Proyecto Alternativo de Reparación”-, Howard Zehr, Nils Christie, y, en general, el movimiento victimológico.

El surgimiento de la “reparación”, entiendo, va unido al “redescubrimiento de la víctima”.

No puede obviarse el papel primordial que la reparación desempeña como medio de satisfacción a la víctima del delito.

Desde un punto de vista constitucional⁸⁵⁴, atendiendo al art. 24 de la Constitución Española, tan derechos fundamentales son los del imputado a la libertad y de defensa, como el del perjudicado a la obtención de una eficaz y rápida tutela de su pretensión

⁸⁵⁰ Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La Mediación Penal, una metodología judicial ...ob.cit. pág. 1769.

⁸⁵¹ Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La Mediación Penal, una metodología judicial ...ob.cit. pág. 1769.

⁸⁵² Vid. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”. Revista Justicia Restaurativa nº 2-Marzo 2012, pág.24.

⁸⁵³ Sobre los distintos conceptos de reparación del daño, entre otros, vid. GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 92 y sig.

⁸⁵⁴ Ver epígrafe “La búsqueda del equilibrio víctima-infractor”.

resarcitoria y, por tanto, los derechos de la víctima-perjudicado no han de estar supeditados a los del infractor.

El proceso penal ha de constituir también un instrumento eficaz para la reparación de la víctima.

En esta línea, Sáez Valcárcel⁸⁵⁵ determina que ha de ponerse todo el dispositivo penal, todos los recursos del sistema, al servicio de la satisfacción de la víctima, a la búsqueda de la reparación material e inmaterial del daño sufrido por el perjudicado.

Por otro lado, la reparación también puede desplegar sus efectos beneficiosos para el infractor: produce una disminución de la pena y, en algunos casos, puede ayudar a la resocialización del victimario.

La reparación en el Derecho Penal desempeña, así, un doble papel. Por un lado, para el infractor, disminuye los efectos derivados por la comisión del delito, al reducir la pena que ha de cumplir, y, además, contribuye, en ocasiones, a su resocialización, al hacer que el infractor sea consciente del daño producido por el delito y se responsabilice del mismo; y, por otro, para la víctima, aminora las consecuencias del delito, al atender más a sus necesidades puesto que puede verse resarcida por los daños sufridos de forma más rápida y efectiva⁸⁵⁶.

De esta forma, como expone Sáez Valcárcel⁸⁵⁷, la reparación puede convertirse en un eficaz medio de pacificar el conflicto, ya que permite aliviar la tensión emocional de la víctima, prevenir la reiteración de hechos violentos similares y lograr, en su caso, el desapasionamiento del agresor hacia su víctima; y ello porque atiende a dos dimensiones fundamentales: la reparación psicológica y material de la víctima y la responsabilización del autor.

Por tanto, el Derecho Penal no puede desentenderse de la reparación⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Vid. SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*”. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia año LXII. nº 2062 -1 de Junio de 2.008, págs. 1763-1764. En el mismo sentido, vid. SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, “*La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*”, Ponencia del Curso de Alternativas a la judicialización de los conflictos. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 2006 nº111, pág.25.

⁸⁵⁶ De las ventajas de la reparación en el Derecho Penal -incluyendo también, con acierto, como beneficiaria de la misma, a la Administración de Justicia, en cuanto que evita el proceso- informa Roxin, de forma escueta pero muy clara, en su obra ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LII, 1999, págs. 7-9, disponible en <http://www.cienciaspenales.net>.

⁸⁵⁷ En alusión a *La médiation pénale*, Paul Mbanzoulou, L’Harmattan, Paris, 2004. Vid. SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*”. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia año LXII. nº 2062 -1 de Junio de 2.008, pág. 1763.

⁸⁵⁸ Sobre el fundamento y la trascendencia penal de la reparación en el Derecho Penal puede consultarse numerosa doctrina. Aquí señalamos a título de ejemplo ROXIN, Claus. *Pena y Reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Vol. LII, 1999. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>; ROXIN CLAUS. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo

La legislación penal española asume, en cierta forma⁸⁵⁹, esta idea y configura la reparación del daño a las víctimas como una cuestión del Derecho Penal, concediéndole, sin admitirla como tercera vía⁸⁶⁰, determinados efectos jurídico-penales, si bien es cierto que no está concebida, en realidad, para beneficiar a la víctima, sino al infractor.

De esta forma, el Código Penal regula la reparación del daño desde diversas perspectivas y establece distintas vías de resarcimiento a las víctimas, a saber:

- Como responsabilidad civil derivada del delito.
- Como atenuante genérica de la responsabilidad criminal.
- Como atenuante específica en determinados tipos penales, excusa absolutoria o semi-excusa absolutoria.
- Como causa de especial consideración para la concesión de beneficios en la ejecución de la pena y penitenciarios.

Blanch. Valencia. 2000; ROXIN, Claus “*Problemas actuales de la Política Criminal*”, págs. 87-105, disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/40/5/pdf; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*”. Revista Poder Judicial. n^o 45. Primer Trimestre 1997; ALCACER GUIRAO, Rafael, “*La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5^o del Código Penal. Reparación y desistimiento como actos de revocación*”. Revista Poder Judicial n^o 63. 2001; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “*Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación*” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Enero-Abril, fascículo 1, MCMXVI, 1996, págs 129 y sig.; GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Tratan de la reparación y los fines de la pena, también, TAMARIT SUMALLA, Joseph, “*Capítulo segundo. La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal*” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, págs 61-88; por su parte, la profesora Esquinas Valverde hace un estudio de las distintas posiciones doctrinales existentes sobre esta cuestión y, además, de la adecuación de la mediación a los fines clásicos de la pena, tema estrechamente relacionado con la reparación, *vid.* ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*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?*”. Revista Penal n^o 18. Julio 2006. Edit. Praxis, Barcelona, págs. 71 y sig.

⁸⁵⁹ Utilizo esta expresión porque, como dejo claro a lo largo de este trabajo, considero que la concepción y el tratamiento que nuestro Derecho Penal hace de la reparación son aún muy deficientes.

⁸⁶⁰ Y ello a pesar de que autores como García Palermo consideran que el legislador español ha plasmado en la parte especial del Código Penal -en cierto modo y quizá sin ser consciente de ello-, la idea de la tercera vía propuesta por el AE-WGM alemán de 1992, aunque, mantiene que esta idea se recoge de un modo confuso y disperso, en diversos institutos relacionados con actos posteriores al delito como obligaciones de hacer, o con la denominación de medida o consecuencia accesorias, que pueden ser impuestas por el juez junto con las penas (prisión, multa, inhabilitación especial para profesión u oficio), de forma que todos ellos permiten a los jueces penales “sancionar”, “exigir” o “imponer” al autor la reparación (o restauración) del daño causado, como una medida adicional e independiente de la pena. No obstante, reconoce el autor que puede ser que la tercera vía, reclamada por parte de la doctrina alemana, ya se haya abierto por parte del legislador español, abriendo las puertas a la reparación con naturaleza punitiva, aunque no tiene relación con la búsqueda de consenso sino con la política criminal expansionista que se lleva a cabo a partir del Código Penal de 1995, reconociendo que la reparación sigue siendo considerada como una cuestión de exclusiva naturaleza civil. Por ello, considera, no obedece al mismo fundamento político-criminal que mueve a la doctrina y al legislador alemán. *Vid.* GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, págs. 266-270.

3.2.COMO RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA INFRACCIÓN PENAL.

Regulada en los artículos 109 y siguientes del Código Penal⁸⁶¹, que le dedica buena parte del Título V del Libro II⁸⁶².

Hay que destacar que en nuestro ordenamiento jurídico existe unidad procesal porque la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados a las víctimas se determinan en el mismo proceso penal. Así, a diferencia de otras legislaciones que optan por distinguir la jurisdicción penal o la jurisdicción civil, para exigir responsabilidad al infractor, el Código Penal español establece la posibilidad de exigencia de responsabilidad civil dentro del mismo proceso penal.

Esta medida, además de suponer un ahorro procesal, como señala Pérez Cepeda⁸⁶³, favorece especialmente a las víctimas, que para ver satisfecho su derecho a la reparación, no tienen que iniciar una peregrinación de jurisdicciones –lo que supone también un estimable ahorro de esfuerzos para las instituciones de Justicia, tal como recuerda Herrera Moreno⁸⁶⁴- y, además, en algunos casos, la reparación y la compensación civil a las víctimas pasa a ocupar un papel central.

Aunque el Código Penal no define el concepto de reparación⁸⁶⁵, ésta, en todo caso, tiene un sentido más amplio y un carácter diferente al que se recoge en el artículo 110 del CP, referido a la responsabilidad civil derivada del delito, para la cual la reparación tiene un sentido jurídico estrictamente civil.

Reparación civil y reparación penal responden a conceptos distintos de “daños”.

⁸⁶¹ Conforme al art.109-1 del CP: “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”

⁸⁶² En concreto, el capítulo I dedicado a “la responsabilidad civil y su extensión” (artículos 109 a 115), el capítulo II que se centra en “las personas civilmente responsables” (arts. 116 a 122) y el capítulo IV dedicado al “cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias” (arts. 125 y 126).

⁸⁶³ Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Vol. I. VVAA. (dirigido por ARROYO ZAPATERO, Luis, y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y coordinado por NIETO MARTÍN, Adan). Edición Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca. Cuenca 2001 pág. 461.

⁸⁶⁴ Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág. 280.

⁸⁶⁵ Sobre los distintos conceptos de “reparación”, puede consultarse, entre otros, GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 91 y sig.

La reparación penal no tiene naturaleza jurídica civil ni debe entenderse en los mismos términos que el resarcimiento civil de los daños o de la compensación del daño, objetivos jurídicos del derecho privado⁸⁶⁶.

Puede decirse que la reparación en sentido penal abarca a la reparación civil pero no a la inversa.

Como indican Enara Guarro y Asúa Batarrita⁸⁶⁷, en el ámbito civil, el nacimiento de la obligación de reparar estará supeditado a la concurrencia de un perjudicado individualizable al que se hayan ocasionado daños materiales o morales, mientras que para que concurra la responsabilidad penal no será siempre necesario que se haya ocasionado un daño material o moral.

De esta forma, señalan las autoras, la responsabilidad civil deriva directamente de la concurrencia de un daño material o moral para una persona individualizable, y se agota en la compensación de ese daño, mientras en la reparación penal, el daño ostenta una trascendencia social que requiere, sobre todo, y además de la satisfacción de la responsabilidad civil en la que eventualmente se incurrió, la imposición de una respuesta específica que no dependerá del alcance del perjuicio que se hubiese ocasionado, sino de las necesidades preventivas derivadas de la gravedad de la conducta y de la relevancia del bien jurídico afectado. La respuesta penal no se agota con el resarcimiento, sino que su sentido reside en la prevención de futuras infracciones.

Por lo tanto, el daño civil y el daño penal no pueden identificarse conceptualmente⁸⁶⁸.

La responsabilidad civil comprende actos de restitución, reparación e indemnización tanto de perjuicios materiales como morales⁸⁶⁹.

Como indica Martín Barberán⁸⁷⁰, la reparación se puede lograr con cualquiera de estas tres posibilidades que, por otra parte, no son excluyentes. Será la propia naturaleza de los hechos la que determine cual o cuales de estas tres formas reparadoras son las más adecuadas para conseguir devolver la situación al estado anterior a la comisión del delito.

⁸⁶⁶ Cfr. GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 89.

⁸⁶⁷ Vid. GARRO CARRERA, Enara y ASUA BATARRITA, Adela, “*La atenuante de Reparación del daño*” en *Atenuantes de reparación y de confesión*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia Febrero 2009, págs. 15-16.

⁸⁶⁸ De esta distinción se ocupan las STS 29 de diciembre de 2009, STS 2 de diciembre de 2003, STS 7 diciembre de 2002, STS 4 febrero de 2000, entre otras.

⁸⁶⁹ Art. 110 Código Penal “*La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1º. La restitución. 2º. La reparación del daño. 3º. La indemnización de perjuicios materiales y morales*”.

⁸⁷⁰ Cfr. MARTÍN BARBERÁN, Jaime, “*La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos*”. Revista Poder Judicial nº 58 –2º trimestre 2000. Vol. 58, pág.227.

La restitución supone, estrictamente, la devolución al perjudicado del objeto o bien del que ha sido desposeído.

La reparación podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa⁸⁷¹.

Tal como señala Herrera Moreno⁸⁷², llama la atención el hecho de que para su valoración no se tienen en cuenta las condiciones socioeconómicas y personales de la víctima, siendo ésta, precisamente, la destinataria de las obligaciones y la titular del derecho a la satisfacción⁸⁷³.

Se establece que la indemnización comprenderá los perjuicios materiales y morales⁸⁷⁴.

Hay que tener en cuenta que cuando se produce un delito, además del daño económico, se ocasiona a la víctima un daño psicológico, que en ocasiones llega a ser considerable, de mayor entidad que el daño material.

La reparación ha de ser integral, es decir, debe abarcar ambos daños⁸⁷⁵. De lo contrario, hemos de concluir junto con Mejías Gómez⁸⁷⁶, que resulta poco valioso, desde la perspectiva de la víctima, que se le repare exclusivamente el daño material y puramente económico y no el daño moral o psicológico.

La responsabilidad civil derivada del delito tiene un carácter eminentemente económico.

No obstante, como pone de manifiesto Pérez Cepeda⁸⁷⁷, si bien “rezuma” un carácter claramente patrimonial al ceñirse a la restitución, reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP), puede hallarse una excepción cuando la responsabilidad civil consista en la obligación de dar, hacer o no hacer, regulada en el art.112 del Código Penal. Considera la autora que el caso del art.110 es propio de una

⁸⁷¹ Regulada en el art.112 del Código Penal.

⁸⁷² Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág. 281.

⁸⁷³ También Pérez Cepeda pone de relieve que la decisión sobre la responsabilidad civil derivada del delito se lleve a cabo en el seno del proceso, sin intervención activa de las víctimas. Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales...*ob.cit. pág. 467.

⁸⁷⁴ Estos últimos, difícilmente evaluables como compensación económica, resultan, en la práctica, rara vez efectivamente indemnizados.

⁸⁷⁵ El daño psicológico habrá de ser reparado en la medida de lo posible.

⁸⁷⁶ Cfr. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, pág.35.

⁸⁷⁷ Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales...*ob.cit. pág. 467.

concepción estática de la víctima en la que la restauración del daño se produce por un tercero o por la propia víctima, con la cobertura del patrimonio del victimario, que resulta más ficticia que real. En cambio, el caso del art.112 es propio de la concepción dinámica de la víctima; se produce una realización personal por el infractor de la actividad de reparación, que, en la mayoría de los casos es fruto de la previa adopción de una solución consensuada con la víctima. Por tanto, el art. 112 del Código Penal puede dar mayor cabida a los acuerdos alcanzados en mediación.

Y así se constata en las distintas experiencias de mediación llevadas a cabo, en las que los acuerdos, normalmente consisten en una obligación de hacer o no hacer, y rara vez suponen la entrega material de dinero. Esas obligaciones pueden consistir en prestaciones o servicios por parte del autor a favor de la víctima o de la comunidad⁸⁷⁸.

3.3. COMO ATENUANTE GENÉRICA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL⁸⁷⁹.

3.3.a) Introducción.

El art. 21-5º del Código Penal prevé la atenuante de la responsabilidad criminal de *“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio”*.

La legislación española concibe la reparación como una consecuencia jurídica accesoria del delito, que incide sobre la pena, afectando a su intensidad, de forma que gradúa la responsabilidad penal del autor actuando como circunstancia que afecta a la pena.

El art. 21-5º del Código Penal responde más al concepto de reparación penal.

La reparación penal se entiende en sentido amplio; como se dijo, no existe identificación con la reparación recogida en el art.110 y sig. del CP referida a la responsabilidad civil⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat , *“Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”*. CGPJ 2008, pág. 82.

⁸⁷⁹ Se presta mayor atención a esta consecuencia legal del resarcimiento del daño por constituir la forma de reparación por excelencia en los procedimientos de mediación penal actuales, constituyendo esta atenuante la principal vía de acceso al proceso penal de los acuerdos reparatorios de mediación.

⁸⁸⁰ Los arts. 110 y 112 CP, reguladores de la responsabilidad civil *ex delicto*, hablan de restitución, y también de reparación del daño, y además de perjuicios materiales y morales, pudiendo consistir aquélla en obligaciones de *“dar, de hacer o no hacer”*.

En este caso, la reparación, además, tiene una clara connotación jurídico-penal, ya que se trata tanto de facilitar la satisfacción de la víctima, como de procurar el interés general de la comunidad⁸⁸¹.

De ahí la importancia del art.21-5º del Código Penal, motivo por el cual nos detendremos un poco más en él.

En España esta atenuante trae causa de la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo que se desdobló en la de reparación del daño (art.21-5º CP) y la de confesión (art.21-4º CP).

A través de esta atenuante puede tomar forma en el proceso el acuerdo alcanzado entre víctima e infractor⁸⁸² antes o después de iniciado el proceso pero, en todo caso antes de que se haya abierto el juicio oral. No obstante, no está cerrada la posibilidad de que se produzca en un momento posterior, si bien en este caso se aplicaría la atenuante analógica del art.21-7º del Código Penal.

Esto implica que la reparación podrá ser una circunstancia atenuante a tener en cuenta por el Ministerio Fiscal al formular acusación, en el momento de la petición de la pena por la acusación particular y por el juzgador al dictar sentencia⁸⁸³.

La aplicación de la atenuante de reparación del artículo 21.5º del Código Penal puede ser apreciada como ordinaria, en cuyo caso autoriza que se imponga la sanción en su mitad inferior, según dispone el artículo 66.1.1ª del Código Penal, o, si se estima como cualificada, permite, incluso, que se degrade la misma en uno o dos grados -artículo 66.1.2ª del Código Penal-.

3.3.b) Fundamento.

⁸⁸¹ Vid. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. (dir. POMPEU CASANOVA, Jaume MAGRE y M^a Elena LAUROBA). Generalitat de Cataluña. Departamento de Justicia. 2011, pág.711.

⁸⁸² Ya se hizo referencia en el epígrafe anterior a la trascendencia que esta cuestión tiene para introducir la mediación penal en el proceso penal.

⁸⁸³ Vid. CUÉLLAR OTÓN, Pablo; MAGRO SERVET, Vicente; HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo. “*La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante*” en *Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar*, (coord. por Nicolás GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Agata M^a SANZ HERMIDA, Juan Carlos ORTIZ PRADILLO), Colex, Madrid, 2010. ISBN 978-84-8342-224-3. pág. 121.

Tanto la doctrina⁸⁸⁴ como la jurisprudencia⁸⁸⁵ se muestran prácticamente unánimes en entender que la atenuante responde a razones objetivas de política criminal y, más concretamente, a favorecer la protección a la víctima, puesto que el interés particular de la víctima pasa a ser interés general de la comunidad.

La STS 26 abril 1999 definía ya de forma clara la finalidad de revalorizar el papel de la víctima en el proceso penal al decir que : *“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 de 24 de Julio de 2001, (nº 1477/2001), 30 de junio de 2003, STS de 2 de Junio de 2.005 (nº 774/2005).

Para conseguir tal fin se considera necesario “premiar” a quien ha ayudado a la víctima, así lo estima la jurisprudencia -STS 7-12-2002 (nº 2068/2002), 26-11-2002 (nº 1976/2002) entre otras-.

Ello supone admitir que, por un interés concreto como el “favorecer a la víctima”, se asume la renuncia a una parte de la pena que se consideraría “merecida” y “necesaria” conforme a los objetivos de la respuesta penal.

No obstante, Enara Garro y Asúa Batarrita critican esta fundamentación genérica de la atenuante de reparación que se limita a vincular la reparación penal con la

⁸⁸⁴ A título de ejemplo, *vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Tema 25. Las circunstancias del delito” en *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. VVAA (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, coord. MORENO-TORRES HERRERA, M^a Rosa). Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pág. 447; TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1998, pág. 205; ALVAREZ GARCÍA, Francisco, “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)”, Cuadernos de Política Criminal. 1997, pág. 261.

⁸⁸⁵ Entre otras, SSTS 646/99 de 26 de abril; 947/2003 de 30 de junio; 29-12-2009 (Rc 675/09); STS 23-12-2013 (Roj 6343/2013).

satisfacción de los intereses privados de la víctima y una vez que la víctima haya sido reparada, la rebaja de pena del infractor parece constituir un mero premio o acto de gracia que no necesita ser explicado conforme a ulteriores criterios como los fines de la pena. Entienden que el sentido y la finalidad de la reparación penal, según esta postura, empezaría y se agotaría en torno a la indemnización efectiva a la víctima. Consideran que “*Tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina apenas ahondan en los fundamentos de la actual atenuante de reparación, y a menudo se limitan a enunciar o a describir genéricamente el efecto de “satisfacción de los intereses de la víctima” que deriva de la mayoría de las prestaciones reparadoras, dándolo por bueno para explicar también el motivo de la rebaja de pena*”⁸⁸⁶.

Por su parte, García Palermo entiende que político-criminalmente no se trata de un premio por un desistimiento que ya no es posible llevar a cabo, sino de la ponderación de un comportamiento del autor desde el punto de vista de la necesidad o no necesidad de castigo (tras el acto de reparación)⁸⁸⁷.

La atenuante requiere la realización por parte del sujeto de un “*actus contrarius*” al delito cometido lo que implica un reconocimiento “*ex post facto*” de la norma vulnerada por el acusado al realizar la acción delictiva: ello hace que disminuya la reprochabilidad de la conducta y, al mismo tiempo, la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción delictiva puede ser valorada como “un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena”⁸⁸⁸.

Para Enara Garro y Asúa Batarrita⁸⁸⁹, si se parte de un fundamento preventivo general debe existir este “*actus contrarius*” -entendido como acto personal de rectificación del desprecio al bien jurídico lesionado- y, en consecuencia, la reparación del daño -aunque la formulación actual de la atenuante de reparación en el art. 21-5º no recoge expresamente ningún elemento de carácter subjetivo, sino, más al contrario, le reconoce naturaleza objetiva por lo que prescinde de los factores subjetivos- debe ostentar dos características:

⁸⁸⁶ Vid. GARRO CARRERA, Enara y ASÚA BATARRITA, Adela, “*Epígrafe 2: La atenuante de reparación del daño*” en *Atenuantes de reparación y confesión*. Tirantonline.com Tol 436.838. Febrero 2009.

⁸⁸⁷ Vid. GARCÍA PALERMO, Pablo “*Capítulo II. La reparación del daño y la reparación a la víctima: diversas perspectivas*” en *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Págs. 87-144.

⁸⁸⁸ Cfr. Sentencias Tribunal Supremo 29-12-2009; 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril; 23-12-2013, Roj STS 6343/2013.

⁸⁸⁹ Vid. GARRO CARRERA, Enara y ASÚA BATARRITA, Adela, “*Epígrafe 2: La atenuante de reparación...ob.cit.*”

1) Un elemento subjetivo mínimo: voluntariedad al llevar a cabo la prestación compensadora; la voluntariedad constituye un mínimo, un requisito básico irrenunciable para que cualquier conducta (también la reparación) pueda imputarse a quien la realiza. Esa mínima voluntad de reparar se entiende como ausencia de coacciones, concretada en la realización de un esfuerzo o la asunción de algún sacrificio por parte del infractor.

Partiendo de que la voluntariedad debe quedar limitada a la comprobación de la ausencia de coacciones en la prestación de la reparación, se deduce que no serán necesarios ni el arrepentimiento ni una absoluta espontaneidad en la conducta reparadora del infractor. Así, los motivos que lo impulsen a reparar resultarán indiferentes. Quedan excluidos, por tanto, en la valoración de la atenuante, los factores de índole subjetiva como el arrepentimiento.

2) Un elemento intersubjetivo: realización de un esfuerzo por parte del infractor al procurar la reparación. El componente de “esfuerzo” de la reparación deberá ser valorado de forma flexible y siempre en correlación con las circunstancias del infractor.

De esta forma, cabe concluir, junto a Garro Carrera y Asúa Batarrita⁸⁹⁰ que si la reparación penal se conceptúa como un *actus contrarius* respecto del delito, se deduciría que su relevancia penal debería residir en la menor necesidad de pena que derivaría de los actos reparadores, puesto que el infractor, mediante su conducta postdelictiva, estaría ya cumpliendo, al menos en parte, con el fin de reafirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico que se asigna a la sanción.

En términos similares se pronuncia Subijana Zunzunegui cuando sostiene que “la reparación previa al juicio constituye una conducta voluntaria del infractor que, por una parte, desautoriza la abrogación factual del orden jurídico que supuso el delito por él cometido –ratificando de esta manera la vigencia de la norma como pauta rectora de la convivencia– y, por otra, reconoce lo injusto del daño causado a la víctima. Ambos mensajes devalúan la necesidad preventiva de la pena, lo que justifica que se valore su presencia como una atenuante”⁸⁹¹.

En definitiva, el fundamento de la atenuante, conforme a la doctrina mayoritaria, se encuentra en una menor necesidad de pena, puesto que con la reparación, el infractor

⁸⁹⁰ Vid. GARRO CARRERA, Enara y ASÚA BATARRITA, Adela “Epígrafe 2: La atenuante de reparación del daño” en *Atenuantes de reparación y confesión*. Tirantonline.com Tol 436.838. Febrero 2009, pág. 16.

⁸⁹¹ Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, pág. 151.

disminuye el quebrantamiento de la vigencia de la norma generado por la conducta delictiva⁸⁹².

Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento incluye, también, la preocupación por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso⁸⁹³.

Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante “*ex post facto*”, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito⁸⁹⁴.

La reparación, en su consideración jurisprudencial⁸⁹⁵, tiene como finalidad contribuir al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho penal. Sin embargo, se aclara, la reparación cumple esa finalidad en la medida que es una reparación penal y se lleva necesariamente a cabo, con la carga simbólica que ello representa, en el proceso penal.

Para la jurisprudencia interesa más considerar la reparación desde la perspectiva del autor del delito, su resocialización y la prevención de integración, que desde la perspectiva patrimonial de la indemnización a la víctima.

Así, se pronuncia en el sentido de que “importa más que el autor refleje una “renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada” que el cumplimiento de la obligación civil que deriva del delito y su resultado de restablecimiento del patrimonio del perjudicado. Lo relevante es pues el esfuerzo del autor en reparar en cuanto sea indicativo de efectiva resocialización y aceptación de la norma”⁸⁹⁶.

Esta línea jurisprudencial se enmarca en la pauta seguida por autores como Silva Sánchez, quien, refiriéndose a la atenuante del art. 21.5º, sostiene que la reparación penal a

⁸⁹² Vid. ALCACER GUIRAO, Rafael, “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5º del Código Penal. Reparación y desistimiento como actos de revocación”. Revista Poder Judicial nº 63. 2001, pág. 93. Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit.Aranzadi. Pamplona, 1998, pág. 205.

⁸⁹³ STS 6343/2013, de 23 de diciembre.

⁸⁹⁴ SSTS 7-12-2002, nº 2068; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre; 29-12-2009, Roj 8419/2009; 6343/2013, de 23 de diciembre.

⁸⁹⁵ Entre otras, vid. STS 19-12-2013 (Roj: STS 6197/2013) y STS 222/2010 de 4 de marzo. Esta última cita, aunque no como un fin en sí misma sino como otra vía para cumplir los fines clásicos del Derecho Penal, la reparación como *tercera vía*, junto a penas y medidas; señalando que contribuye a restablecer la paz social previa a la comisión del delito, siquiera dentro de ciertos límites, entre los que cobra relieve la necesidad de atender a la gravedad del delito.

⁸⁹⁶ Cfr.STS 19-12-2013 (Roj: STS 6197/2013).

la víctima “debe moverse en un contexto preventivo, por mucho que, adicionalmente, y en los casos en que la haya, tenga efectos satisfactorios morales o materiales para la víctima. En la medida en que se halle contraindicada por razones preventivas, debe prescindirse de ella.[...] La reparación no constituye, pues, un nuevo fin del Derecho Penal, sino que es asumida por éste en tanto en cuanto contribuye al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho Penal”⁸⁹⁷.

3.3.c) Elementos.

La Reparación del daño exige la concurrencia de dos elementos objetivos:

1.-Elemento cronológico: La reparación debe efectuarse antes de la celebración del juicio oral. No obstante, este punto es objeto de discusión por parte de la doctrina por cuanto unos consideran que ese momento viene referido al comienzo del Juicio Oral⁸⁹⁸ mientras otros mantienen que se refiere a la conclusión del Juicio Oral⁸⁹⁹. Esta última posición se fundamenta en que esta interpretación es más favorable al reo y en que ha de entenderse que la celebración del juicio llega hasta la conclusión del mismo.

Sánchez Álvarez y Segovia Bernabé⁹⁰⁰ sostienen que para determinar ese momento final en que ha de llevarse a cabo la conducta de reparación o disminución del daño producido por el delito ha de tenerse en cuenta el tipo de procedimiento penal en que se produce; entienden que, en términos procesales, se podrá realizar hasta el último momento en que esté permitida la proposición de prueba acreditativa de tal reparación, distinguiendo:

-En el *procedimiento abreviado*: alcanza hasta el inicio del Acto de Juicio, en el trámite en el que se puede proponer más prueba, suplementaria de la interesada en los escritos de conclusiones provisionales y de defensa.

⁸⁹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”. Revista Poder Judicial. n° 45. Primer Trimestre 1997, pág.25. De la misma opinión, TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología...*ob.cit, pág. 218.

⁸⁹⁸ En este sentido, Tamarit Sumalla mantiene que resultará válida la reparación efectuada en cualquier momento anterior al inicio de las sesiones del Juicio Oral, incluso aunque se haya entrado ya en la fase del Juicio Oral y haya recaído auto acordando su apertura. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a...*ob.cit, pág. 210.

⁸⁹⁹ *Vid.* ALCACER GUIRAO, Rafael, “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5°...ob.cit. pág.109; ALVAREZ GARCÍA, Francisco, “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación...ob.cit. pág.257, que extiende el límite hasta el comienzo de las conclusiones definitivas, ya en este caso para la atenuante analógica.

⁹⁰⁰ *Vid.* SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Pilar y SEGOVIA BERNABÉ, José Luís. “La mediación penal comunitaria de adultos: experiencia y propuestas de lege ferenda”. SIX, J- F. *Dinámica de la Mediación*. Piados, Barcelona, 1997.

-En el *procedimiento sumario y ordinario*: será hasta el propio escrito de calificación provisional.

-En el *Procedimiento del Tribunal del Jurado*: el momento preclusivo alcanza hasta el trámite de alegaciones previas de las partes al jurado, dentro del cual, una vez comenzado el Juicio, las partes pueden proponer nuevas pruebas para practicarse en tal acto.

Lo cierto es que la jurisprudencia viene interpretando que la reparación del daño debe tener lugar antes de la celebración del juicio (STS 9-02-2004, STS 5-11-2001 nº 1615/01, entre otras). Si se produce durante la celebración del Juicio Oral se aplica la atenuante analógica del art. 21-7º del Código Penal (STS 2068/2002, 7-12, 774/2005, 2-6)⁹⁰¹.

2.- Elemento material: consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, ya sea por vía de restitución, de indemnización de daños y perjuicios o incluso de reparación moral (STS 50/2008, 29-1, entre otras). La reparación se entiende en sentido amplio, más allá de la responsabilidad civil.

De ahí que se considere que cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica puede integrar las previsiones de la atenuante⁹⁰².

En los casos de compensación económica, puede hacerse a través de la consignación a favor de la víctima o, en palabras de Alvarez García⁹⁰³, “una puesta a disposición del ofendido”, que ha de ser entendida como “una auténtica oferta de pago seguida del correspondiente abono o, en caso de que la oferta fuera rechazada por el acreedor [...], en la consignación de la cantidad”, no pudiéndose admitir como tal reparación, un ofrecimiento genérico.

Hay que destacar la importancia del reconocimiento de la reparación simbólica. Con ella se evita lo que se ha dado en llamar “la tiranía de la víctima”⁹⁰⁴. También el

⁹⁰¹ No obstante, muchos autores, como Tamarit Sumalla, se muestran contrarios a admitir la aplicación de la circunstancia atenuante analógica del art.21-7º C.P. cuando la reparación se ha efectuado fuera del plazo legal porque ha de entenderse vedada su aplicación cuando se utiliza como medio para suplir la falta de requisitos legales de las otras atenuantes. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima...*ob.cit. pág.210.

⁹⁰² SSTs 23-12-2013 (Roj 6343/2013); 545/2012, 22 de junio; 1346/2009, 29 de diciembre; 50/2008, 29 de enero y 2/2007, 16 de enero, entre otras.

⁹⁰³ Cfr. ALVAREZ GARCÍA, Francisco, “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)”, Cuadernos de Política Criminal. 1997, pág 265.

⁹⁰⁴ *Vid.* ALCACER GUIRAO, Rafael, “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5º...ob.cit.pág.116; en el mismo sentido, MARTINEZ ARRIETA, Andrés, “La mediación y su incorporación al proceso penal español”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*,

hecho de que sea el juez quien decida sobre la suficiencia y relevancia de la reparación evita que se produzca aquella⁹⁰⁵.

Sin embargo, tal como apunta Palma Chazarra⁹⁰⁶, el contenido de la reparación simbólica no parece responder a la satisfacción de la víctima, sino a la colaboración del infractor con las autoridades y operadores jurídicos.

Tanto la doctrina⁹⁰⁷ como la jurisprudencia consideran, con razón, que la reparación ha de ser significativa y relevante: debe suponer, cuando menos, un esfuerzo de reparación. Pero este esfuerzo, considera la doctrina⁹⁰⁸ que comparto, ha de suponer para el autor una mayor exigencia que el “mero esfuerzo” por reparar el daño.

También ha de ser efectiva, pero no es necesario que sea total para que el juez o tribunal la tenga en cuenta, ya que se aceptan reparaciones parciales e incluso, como se dijo, simbólicas -caso de una petición de perdón (STS 1132/1998 de 6 de octubre; 794/2002 de 30 de abril)-.

En el caso de que sea parcial ha de ser adecuada a la capacidad reparadora del sujeto deberá ir acompañada de un esfuerzo significativo por reparar y se tendrán en cuenta las circunstancias del infractor y su capacidad reparadora, así como las características del hecho delictivo y el daño ocasionado (SSTS 29.12-2009, 1006/2006, 20 de octubre, 12-7-2004 nº 877/2004, 27-3-2001 nº 487/2001).

Se palía así, en parte, la crítica de la que viene siendo objeto esta atenuante al considerarse discriminatoria⁹⁰⁹.

Efectivamente, como señala Martínez Arrieta⁹¹⁰, estas críticas referidas a la desigualdad propiciada por criterios económicos, en función de las distintas economías de los delincuentes, o basados en la imposibilidad de abarcar a los delitos sin resultado o las tentativas, ceden si obviamos la naturaleza económica de la reparación, solo concebida como satisfacción del daño económico, y atendemos a reparaciones de carácter simbólico, como ha admitido la jurisprudencia (STS 1132/98, de 6 de octubre).

Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre de 2002, pág.66, disponible en w.uc3m.es/larevistilla.

⁹⁰⁵ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit.Aranzadi. Pamplona, 1998, pág. 207.

⁹⁰⁶ Vid. PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, págs. 431 y 492.

⁹⁰⁷ A título de ejemplo, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Tema 25. Las circunstancias del delito...ob.cit. pág.447; ALVAREZ GARCÍA, Francisco, “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación...ob.cit. pág. 259-260.

⁹⁰⁸ Se critica la idea del mero esfuerzo por cuanto de poco o nada le sirve ese esfuerzo a la víctima si no ha habido una reparación efectiva. Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M, *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit.Aranzadi. Pamplona, 1998, pág.208.

⁹⁰⁹ STS 29 de diciembre de 2009, Roj 8419/2009.Tol 1781402.

⁹¹⁰ Cfr. MARTINEZ ARRIETA, Andrés, “La mediación y su incorporación al proceso penal...ob.cit. pág.66.

No obstante, considero, compartiendo la opinión de Ximena González⁹¹¹, que la reparación, sea cual sea su naturaleza –material, moral o simbólica- ha de ser proporcional al daño y suficiente, de acuerdo con las posibilidades del infractor y las necesidades de la víctima, quienes deben participar en su determinación.

Para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, superior a lo normal, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo⁹¹².

3.3.d) Los sujetos.

A)-Activo: Debe hacerla siempre el culpable o por su expreso encargo un tercero.

Sin embargo, como ya se señaló, tiene carácter objetivo y, en consecuencia, es indiferente la motivación del sujeto, incluso, cabe que su única motivación sea obtener una ventaja penológica. Basta la mera existencia de la reparación. No se exige arrepentimiento; ni siquiera supone un reconocimiento de los hechos.

Precisamente, una de las prácticas judiciales más criticables⁹¹³ en materia de reparación es la aplicación de la atenuante cuando no se ha reconocido el hecho puesto que se considera que con ello se lanzan dos mensajes contradictorios y, por tanto, el concepto de reparación debe implicar un reconocimiento de los hechos por parte del condenado.

EL Tribunal Supremo, como se adelantó, admite un tercero con consentimiento y conocimiento del culpable. No admite a familiares que reparan para conseguir una pena más favorable para el culpable.

Como ya se señaló anteriormente, la atenuante exige una conducta “personal” del culpable concretada en la voluntariedad y el esfuerzo. Ello hace que se excluyan :

1º-Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. Se excluye, pues, la reparación *ex lege*: la indemnización por accidentes de tráfico o cualquier otra responsabilidad cubierta por seguro.

⁹¹¹ Vid. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico”. Revista Justicia Restaurativa nº 2-Marzo 2012, pág.25.

⁹¹² SSTS 23-12-2013 (Roj 6343/2013); 868/2009, 20 de julio.

⁹¹³ Así se pone de manifiesto en las conclusiones del Seminario “La Mediación y el Sistema de Justicia Penal”, organizado por la Sociedad Científica Española de Victimología. Universidad de Lleida. 14 Noviembre de 2008, pág. 11. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA Joseph, “Capítulo segundo. La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal” en VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012, pág.69

2º-Los supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. Se excluyen las responsabilidades pecuniarias reclamadas judicialmente: fianza responsabilidad civil y fianza carcelaria.

En general, cuando la aportación económica se hace por el imputado como respuesta a la exigencia de afianzamiento, y además, sin la inmediata dedicación de lo aportado a la efectiva satisfacción de la víctima, quedando lo consignado a resultas de la decisión que pone fin a la causa, no nos encontraremos en un supuesto de reparación como el que la atenuante exige⁹¹⁴.

No obstante, son numerosas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo y el resto de instancias han reconocido efecto atenuante a la consignación de la fianza para asegurar la responsabilidad civil⁹¹⁵.

Sin embargo, no parece que la consignación de la fianza deba ser equiparada con la reparación penal⁹¹⁶. En esta línea, en opinión que comparto, Garro Carrera y Asúa Batarrita⁹¹⁷ entienden que no debe ser equiparada al menos para sujetos que puedan llevar a cabo alguna prestación reparadora con anterioridad a la celebración del juicio oral. Consideran que si un sujeto solvente y capaz de indemnizar de inmediato a la víctima (aunque sea parcialmente) se limita a consignar la fianza (postergando así inevitablemente la reparación más allá del límite temporal previsto por el art. 21-5º), no debiera procederse a la rebaja de pena. Ni siquiera acudiendo para ello a la atenuante analógica del art. 21-7º del Código Penal.

Merece aquí la pena comentar el caso Farruquito⁹¹⁸. La sentencia 272/05 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla apreció la atenuante porque el acusado cinco días antes del Juicio manifestó que la cantidad consignada, en concepto de fianza carcelaria,(en parte mediante aval bancario) una vez le fuera devuelta se destinara a indemnización, y una vez visto para sentencia el juicio, ingresó la cantidad de 100.000 euros (parte de la indemnización). La audiencia Provincial de Sevilla revocó la aplicación de la atenuante analógica, por estar fuera de tiempo, por extemporánea, y respecto al ofrecimiento anterior, por carecer de facultad de disposición sobre la cuantía de la fianza (aval).

⁹¹⁴ STS 19-12-2013 (Roj: STS 6197/2013); STS 4-7-2012, nº 585/2012.

⁹¹⁵ Véanse, entre otras, STS 18-06-2004 (RJA 4430), STS 6-02-2004 (RJA 2136), STS 11-10-2004 (RJA 7319), STS 11-10-2004 (RJA 6339), STS 11-02-2005 (RJA 1174), 10-05-2005 (RJA 7674).

⁹¹⁶ Véanse, en este sentido las SSTS 21-12-1998 (RJA 9801), STS 11-09-2000 (RJA 7752), STS 10-11-2003 (RJA 1770), STS 17-12-2002 (RJA 480), STS 18-9-2003 (RJA 6270), STS 6-04-2004 (RJA 3256), STS 2-04-2004 (RJA 3431).

⁹¹⁷ Cfr. GARRO CARRERA, Enara y ASÚA BATARRITA, Adela. “*Epígrafe 2:La atenuante de reparación del daño*” en *Atenuantes de reparación y confesión*. Tirantonline.com Tol 436.838. Febrero 2009, pág.7.

⁹¹⁸ Ampliamente estudiado por GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA en “*Epígrafe 2:La atenuante de reparación del daño*” en *Atenuantes de reparación....ob.cit*.

3º-Las conductas impuestas por la Administración.

4º-La simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

B-Pasivo: Debe hacerse a la víctima, entendida en sentido amplio.

En los delitos sin víctima individualizada, entiendo que la reparación debe ir dirigida a compensar a la comunidad, puesto que ella siempre es perjudicada por la comisión de un delito.

El delito produce un daño a la víctima pero también ocasiona un daño a la comunidad. La reparación, entiendo, ha de abarcar tanto uno como otro daño y, por tanto, el infractor ha de reparar el daño individual, ocasionado a la víctima personal, y el daño social, ocasionado a la comunidad⁹¹⁹.

Es importante señalar que la reparación se considerará hecha y se apreciará como atenuante por el Juzgador independientemente, incluso, de la aceptación de la víctima o perjudicado⁹²⁰.

3.3.e) Comunicabilidad a otros partícipes.

El art.65-1º del Código Penal establece que *“las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran”*. Partiendo de las características de las que ya se habló referentes a los elementos subjetivo mínimo e intersubjetivo (voluntariedad y esfuerzo) que ha de reunir la atenuante en estudio, ha de concluirse que, conforme al precepto citado, estos elementos impiden la comunicabilidad a otros partícipes en quienes no concurran, de forma que solo se aplicará a los intervinientes que han actuado a favor de la víctima.

3.3.f) Compatibilidad con otras circunstancias.

Es compatible con la atenuante de confesión del hecho a la autoridad del art. 21-4º del Código Penal (STS 63/2001, 23 de enero entre otras), con la que comparte muchos puntos en común pero se diferencia:

⁹¹⁹ Como ya comenté, considero que una de las mejores formas de compensar a la comunidad por la comisión del delito es la hoy llamada “pena de trabajo en beneficio de la comunidad” que, desde mi punto de vista, no debería concebirse como una pena sino como una forma de reparación, y, en consecuencia, debiera denominarse “compensación por servicios en beneficio de la comunidad”. Además, tal como está regulada no responde plenamente al concepto de pena puesto que necesita para su imposición el consentimiento del infractor y cabe preguntarse ¿cómo puede una pena necesitar el consentimiento del condenado para que le sea impuesta?. La respuesta no puede ser otra que la de no ser concebida como tal.

⁹²⁰ STS 1188/1998 de 17 de octubre, entre otras.

-Por su fundamento: La Confesión premia la colaboración con la justicia; la Reparación premia ayudar a la víctima, la protección a la víctima.

-Por el momento en que ha de producirse: Confesión: antes de que el culpable tenga conocimiento de que el procedimiento se dirige contra él; Reparación: antes de la celebración del Juicio Oral.

-Por la acción: Confesión: confesión a la autoridad, no contenido material; Reparación: reparación del daño o disminución de los efectos: puede tener un contenido material.

3.4. COMO ATENUANTE ESPECÍFICA EN DETERMINADOS TIPOS PENALES, EXCUSA ABSOLUTORIA O SEMI-EXCUSA ABSOLUTORIA.

La parte especial del Código Penal también regula la reparación del daño causado concediéndole un valor específico, de forma que opera bien rebajando la pena en un grado, bien, incluso, eximiendo de responsabilidad.

No obstante, hay que destacar que, como señala Roldan Barbero⁹²¹, ninguna de estas previsiones legales de reparación va más allá del “frío pago de una cantidad económica”.

En estos casos la atenuación de la responsabilidad forma parte del elemento del tipo por lo que no podría aplicarse además la atenuante de reparación del daño.

Así, con efecto de atenuación de la pena, la hallamos en el Título XVI, con relación a diversos delitos referidos a la ordenación del territorio y urbanismo, sobre el patrimonio histórico, contra los recursos naturales y el medio ambiente y sobre la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos. Todos estos delitos tienen en común que el Código Penal atribuye a la reparación del daño causado un efecto jurídico relevante por cuanto supone la rebaja de la pena en un grado⁹²².

También, como excusa absolutoria, en el Título XIV, referente a delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social se recoge la posibilidad de imponer al obligado frente a la Seguridad Social⁹²³ o al obligado tributario⁹²⁴, o al que obtenga subvenciones o

⁹²¹ Cfr. ROLDAN BARBERO, Horacio, *“La Mediación Penal entre el orden legal y la voluntad de mejorar”* Revista de Derecho Penal nº 11. 2003, pág. 122.

⁹²² Dispone el artículo 340 que: “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.

⁹²³ Vid. art. 307-5 del Código Penal.

⁹²⁴ Vid. art. 305-6 del Código Penal.

ayudas públicas de forma indebida o no las aplique al fin al que van destinadas⁹²⁵, o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados siempre que, *antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado*⁹²⁶, satisfaga la deuda con la Seguridad Social o la deuda tributaria o reintegre las cantidades percibidas o aplicadas indebidamente, y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del obligado tributario o del obligado al reintegro, respectivamente, o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del obligado tributario o de otros responsables del delito.

Existen otros preceptos en el Código Penal que tienen en consideración la reparación del daño económico a efectos de disminuir la pena. A título de ejemplo, el art. 433 del Código Penal, relativo al delito de malversación⁹²⁷.

Mayor efecto jurídico se reconoce a la reparación en estos delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en aquellos casos en los que obra como excusa absolutoria⁹²⁸.

⁹²⁵ *Vid.* art. 308-7 del Código Penal.

⁹²⁶ Si el reintegro se produjera en un momento posterior, no sería aplicable este precepto, pero sí la atenuante genérica del art. 21-5º del Código Penal o, en su defecto, la analógica del art. 21-7º.

⁹²⁷ Conforme al artículo 433 del C.P.: “La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los 10 días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior (superiores)”.

⁹²⁸ Tras la reforma LO 7/2012, de 27 de diciembre, se mantiene la reparación como excusa absolutoria en los casos de delito del nuevo art.307 ter, según el cual: “1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.[...]3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

De esta forma, en los delitos contra la Hacienda Pública⁹²⁹ y la Seguridad Social⁹³⁰ si el sujeto regulariza su situación antes de que se inicien actuaciones por parte de la Administración⁹³¹ o reintegra las cantidades por subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora⁹³², no se condenará al autor; y en el caso del art.307 ter, si el autor reintegra las cantidades, en el tiempo señalado, incrementadas en el interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, quedará exento de responsabilidad.

⁹²⁹ Conforme al artículo 305-1 del C.P.: “El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales [...] será castigado [...] *salvo que hubiere regularizado su situación tributaria* en los términos del apartado 4 del presente artículo [...].”

⁹³⁰ Según el art.307-1 del C.P.: “El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía *salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social* en los términos del apartado 3 del presente artículo”.

⁹³¹ A tal efecto, el Código Penal define qué ha de entenderse por “*regularizar la situación*” y el momento en que ésta ha de producirse. Así en el art. 305-4 dispone que “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa. La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria [...]”. En términos similares se pronuncia el art. 307-3 del Código Penal respecto a los delitos contra la Seguridad Social.

⁹³² Dispone el artículo 308-1 del C.P.: “El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, *salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo*. 2.Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas los aplique en una cantidad superior a ciento veinte mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida *salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo*[...]5. *Se entenderá realizado el reintegro* al que se refieren los apartados 1 y 2 cuando por el receptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

3.5. COMO CAUSA DE ESPECIAL CONSIDERACIÓN PARA LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PENITENCIARIOS.

La reparación del daño surte efectos para la suspensión de la pena (art.81 CP); la sustitución de la pena (art.88-1 CP); y la concesión de la libertad condicional (art.90-1 CP).

Pero esta reparación se ciñe, una vez más, a mero contenido económico: el Código Penal exige para la concesión de estos beneficios que el infractor haya satisfecho la responsabilidad civil o haya realizado un esfuerzo serio en ese sentido, a salvo siempre que sea declarado insolvente.

Para Subijana Zunzunegui⁹³³, la reparación tras la sentencia constituye *un factor de neutralización del riesgo de recidiva* que, en determinados casos, legitima la inejecución condicionada de la pena –artículos 80 a 83 del Código Penal–, y, en otros casos, que se proceda a su sustitución–artículo 88 del Código Penal–, mientras que la reparación durante la ejecución penitenciaria constituye *un factor de inserción social constructiva*, que permite, según los casos, medidas penitenciarias como la clasificación en segundo o tercer grado conforme al sistema de individualización científica -artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria-, o la concesión de la libertad condicional -artículos 90.1 c y 91.2 del Código Penal-.

3.6. CONCLUSIONES.

La doctrina penal y la jurisprudencia han ido perfilando el contenido y los requisitos de la reparación penal enfocándola hacia el restablecimiento, dentro de lo posible, del orden jurídico perturbado por la comisión de la infracción penal cometida.

A pesar de ello, la regulación de la reparación en el Código Penal español ignora, prácticamente, a la víctima y sus intereses. Surte efectos legales independientemente de los efectos que tenga sobre la víctima.

De esta forma, la víctima es marginada en la búsqueda de su propia reparación de los daños sufridas por ella como consecuencia del hecho delictivo.

⁹³³Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, pág. 151-152.

Esto es así porque la atenuante de reparación se aplica, a consideración del Juzgador, por el solo hecho de que el infractor -o, incluso, un tercero en su nombre- realice una actividad en aquel sentido, sin tener en cuenta finalmente el efecto reparador que esa actividad produce en la víctima y obviando si ésta se considera o no reparada.

Esa objetivación e independencia con respecto a la víctima en la aplicación de la reparación convierte a aquélla, en palabras de Palma Chazarra⁹³⁴, “en mero sujeto pasivo, destinatario final de la acción exigible exclusivamente al victimario” y, en consecuencia, se “automatiza” su aplicación en el proceso, sería como “reparar la víctima pero sin la víctima”⁹³⁵.

Desde ese momento, puede afirmarse que la reparación pierde su inicial sentido, cual es la satisfacción de la víctima⁹³⁶, su recuperación social mediante el reintegro de su confianza en la Justicia, para responder más a los fines clásicos del Derecho Penal⁹³⁷: la reparación adquiere relevancia jurídica en la medida en que contribuye al logro de aquéllos. De esta forma, la reparación mantiene, pues, en nuestra legislación una posición de subsidiariedad respecto al cumplimiento de los fines del Derecho Penal, y, en concreto, respecto de la resocialización del infractor⁹³⁸.

De ello se deduce que la regulación que el Código Penal hace de la reparación no responde, en realidad, a una mayor valoración de la víctima, a un reconocimiento de sus derechos; la reparación no está orientada a la finalidad de satisfacer las necesidades de la víctima.

Tiene, en todo caso –como indica Palma Chazarra⁹³⁹- una fundamentación retribucionista con efectos de minoración, pero es una consecuencia accesoria del delito, e incluso, como mantiene García Palermo⁹⁴⁰, responde a una finalidad utilitarista de obtener mayor celeridad y eficacia en la resolución del conflicto penal; es decir, la reconsideración

⁹³⁴ Cfr. PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, pág. 492-493.

⁹³⁵ Igual ocurre, afirma la autora, en los supuestos de reparación para la concesión de beneficios en ejecución de la pena. *Vid.* PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso ...ob.cit.* pág.437.

⁹³⁶ Sin perjuicio de establecer determinados límites que impidan la citada “tiranía de la víctima”.

⁹³⁷ En términos similares, *vid.* ROIG TORRES, Margarita, “*Algunos apuntes sobre la Evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito*”. Revista Ciencias Penales. Nº 22, págs 292-293. Disponible en www.cienciaspenales.net.

⁹³⁸ En consonancia con la jurisprudencia ya citada (STS 19-12-2013 (Roj: STS 6197/2013) y STS 222/2010 de 4 de marzo, entre otras), y autores como Silva Sánchez. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*”. Revista Poder Judicial. nº 45. Primer Trimestre 1997, pág. 26.

⁹³⁹ *Vid.* PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, pág. 494.

⁹⁴⁰ Cfr. GARCÍA PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 89.

de la reparación del daño a la víctima obedece a una orientación político-criminal del Derecho penal hacia las necesidades de la Administración de Justicia, no a las necesidades de las víctimas⁹⁴¹.

Por tanto, cabe concluir que la reparación no disfruta del tratamiento relevante que merece dentro del sistema penal actual.

No satisface el interés y las necesidades de la víctima, que, considero, ha de ser pieza clave en el proceso penal y en el derecho penal. La reparación queda, así, desvinculada del “redescubrimiento de la víctima” al que, como dije, entiendo que debe ir unida.

La reparación en el ámbito penal, debe abarcar, tal como expuse, la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, es decir, la indemnización a la víctima directa del delito por todos los daños y perjuicios -no solo económicos sino también y especialmente, los morales o psíquicos- que le han sido causados, y la reparación social o comunitaria, concretada en el comportamiento, positivo, voluntario, y activo, del infractor hacia el reconocimiento de los hechos, la asunción de responsabilidad y la promesa, seria y convencida, de respeto a la norma jurídica, es decir, hacia el restablecimiento de la paz social alterada por el hecho delictivo.

Es lo que se da en llamar la reparación integral. La comisión de una infracción penal produce un daño tanto a la víctima individual como a la comunidad en general, por tanto, el infractor, con base al principio de responsabilidad, ha de asumir la reparación de los daños y perjuicios causados tanto a una como a otra víctima, tanto el daño particular como el daño social.

VIII. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS EN LA MEDIACIÓN PENAL⁹⁴².

1. INTRODUCCIÓN.

⁹⁴¹ También Silva Muñoz niega que la relevancia que se asigna a la reparación en el Derecho Penal se derive de la idea de “reorientación a la víctima”, como lo prueba el hecho de que cabe el acto de la reparación aún cuando no hay víctima o habiéndola, ésta no se sienta satisfecha, o incluso el daño, si lo hay, no sea efectivamente reparado. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “*Sobre la relevancia jurídico-penal...*” op.cit. pág. 21.

⁹⁴² Aquí se examinarán los principios y derechos procesales con relación a la víctima y solo brevemente los que afectan al infractor. Para un estudio de los relacionados con el infractor consúltese, entre otros, GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*. Universidad de La Rioja. 2005.

Una vez sentado que la Mediación Penal, por sus características y los fines que persigue, se erige, como instrumento del poder punitivo del Estado, en uno de los medios más eficaces para la resolución de conflictos dentro del proceso penal, se analizará seguidamente, cómo la Mediación Penal es también, por los principios por los que se rige, mayor garante de los derechos de las partes en conflicto, y, en concreto, -a los efectos que en este trabajo interesa- de la víctima.

Recordamos aquí que, tal como afirma Sáez Rodríguez⁹⁴³, nuestro sistema de justicia penal, basado en el modelo garantista, concibe el proceso penal como el terreno donde el Estado y el infractor dirimen sus diferencias con arreglo a ciertas reglas que, en esencia, consisten en el reconocimiento, por un lado, del monopolio estatal del derecho de castigar y por otro, de la existencia y respeto de derechos y garantías a favor del infractor que le protegen del ejercicio abusivo del *ius puniendi* estatal.

De esta forma, vimos⁹⁴⁴ cómo el proceso penal y sus garantías se conciben, en palabras de Quintero Olivares⁹⁴⁵, “como un escenario de enfrentamiento” entre el individuo y sus conciudadanos, en el que no hay espacio para la víctima.

Quedó constancia, al repasar los distintos derechos reconocidos legalmente a las víctimas -alguno de ellos con rango de derecho fundamental, reconocidos por la Constitución española-, del divorcio existente entre la ley y la realidad, en la que no hay un fiel reflejo de los derechos predicados, y ello a pesar, también, del importante papel que las víctimas desempeñan en la persecución de los delitos y prevención de la criminalidad.

Por ello, se hace preciso, dijimos, buscar nuevas vías que proporcionen un trato adecuado a las víctimas y que le confieran el papel que merecen en el proceso penal, junto al infractor y al Estado.

En este sentido, hemos visto cómo la mediación constituye una fórmula idónea para valorar a la víctima, no sólo porque aumenta su participación en el proceso, al mismo nivel que el infractor, otorgándole un papel más relevante⁹⁴⁶ y equilibrando, así, ambas posiciones, mediante la creación de un escenario basado en el diálogo y el respeto, sino

⁹⁴³ Cfr. SAEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “La mediación penal y sus riesgos” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA, coordinado por SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág.106.

⁹⁴⁴ Vid. supra epígrafe “III Protección de los derechos y garantías penales de las víctimas”.

⁹⁴⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La víctima y el Derecho Penal” en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología (1.2004 Lleida)*. VVAA, (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM) Tirant lo Blanch. Valencia 2005, pág. 16.

⁹⁴⁶ Que no “determinante”, como aclara García-Rostán. Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “Víctima y Mediación Penal”. *Anales de Derecho* nº 26-2008, pág.452.

también porque favorece su reparación integral, incluyendo tanto el resarcimiento material por el daño sufrido como el perjuicio moral, minimizando, así, el sufrimiento humano.

Pero cabe preguntarse ¿se puede subsumir el proceso de mediación penal en el sistema de justicia penal actual sin merma de los principios constitucionales reconocidos en el ordenamiento jurídico penal?, ¿protege suficientemente la mediación penal los derechos de las víctimas?, ¿lo hace de forma más efectiva que el proceso penal actual?, ¿con qué mecanismos de garantía cuenta para ello?

2. COMPATIBILIDAD ENTRE LA MEDIACIÓN PENAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL⁹⁴⁷.

Se cuestiona por los sectores más críticos⁹⁴⁸ cómo incorporar la Mediación Penal en el sistema penal sin vulnerar los principios constitucionales y las garantías penales, en especial si nos referimos al sistema procesal español, cuyo pilar básico lo constituye el principio de legalidad⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Esta cuestión se tratará brevemente aquí por no ser el tema central de la obra. Para un estudio más completo, puede verse, como ya se indicó, GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*. Universidad de La Rioja. 2005, y GORDILLO SANTANA, Luis, “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”. Revista Redur 4/2006, Universidad de La Rioja.

Disponble en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero4/gordillo.pdf>.

⁹⁴⁸ Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, F, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 203 y sig., advierte sobre los riesgos que supone articular la reparación a partir de procesos extrajudiciales de mediación, por vulnerar las garantías propias de un Derecho penal liberal, en concreto las que se derivan de los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y el principio procesal de presunción de inocencia; También, BERDUGO, I. y otros., en *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Ed. Experiencia S.L. Manuales Universidad, dic. 2004, págs.536-540; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España y perspectivas internacionales*” en *Derecho, proceso penal y victimología*, VVAA (dir. por REYNA ALFARO, Luis Miguel). Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. Disponible en [conf-mediacion perspectivas.doc](#). y SILVA SANCHEZ, J. M., “*Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación*”, op. cit., págs.18 y sig., Revista del Poder Judicial, nº 45, tercera época, 1997.

⁹⁴⁹ Sobre esta cuestión, Vid. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “*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?*”. Revista Penal nº 18. 2006. pág. 55-101. La autora pone de manifiesto que la implantación del sistema de mediación penal en España se encontrará con serias dificultades no sólo por la problemática que en sí misma presenta (de la que hace un detallado estudio) -a saber: hasta qué punto satisface las demandas sociales de respuesta al delito y de la lucha contra la criminalidad, la controvertida cuestión de la armonía de la mediación con los fines reconocidos al Derecho Penal, es decir, con los principios de retribución, de prevención general y de prevención especial, el principio de legalidad, que rige en el sistema español frente al de oportunidad más favorecedor del margen más amplio de disposición para el órgano judicial etc-, sino también por las características de la psicología colectiva de los ciudadanos españoles, más reacios, en general, tanto a la indulgencia hacia los agresores, como a las innovaciones en este sentido, por lo que la autora considera que será necesario concienciar a la ciudadanía; y también por el legislador español, que viene, en unos casos, intensificando la respuesta punitiva frente a determinadas conductas, y, en otros, elevándolas a la categoría de delito.

Se aduce por esta parte de la doctrina que la mediación puede comportar una vulneración de los principios penales y garantías procesales, tales como el principio de legalidad, el de igualdad, proporcionalidad, contradicción, además del derecho a la presunción de inocencia del imputado, el derecho a la defensa y al acceso a la justicia de la víctima.

Sin embargo, estas dudas quedan disipadas a través del estudio que de los distintos principios y garantías procesales y de la compatibilidad de la Mediación con el sistema judicial, realizan los autores defensores de la Mediación⁹⁵⁰.

La mediación penal -entendida no como un método alternativo de resolución de conflictos que sustituya a los Tribunales de Justicia, sino como un mecanismo incorporado al sistema de la Administración de Justicia y configurado como un instrumento auxiliar y complementario de la misma para la consecución de una mayor eficacia del proceso, formando, así, parte de la organización y estructura del aparato judicial⁹⁵¹- no entra en contradicción con los principios constitucionales y las garantías procesales que se reconocen a las partes en conflicto dentro del proceso penal.

Por el contrario, la mediación trata de dar una respuesta judicial que tutele de forma efectiva las pretensiones de las partes. Se inserta en el proceso con todas las garantías, bajo el control del juez y/o el fiscal en las distintas fases, puesto que en la mediación se ventilan derechos e intereses que van más allá de lo privado y que requieren, por lo tanto, un control institucional que solo los órganos jurisdiccionales pueden brindar.

El proceso de mediación penal ha de respetar, y así lo hace, el sistema de garantías establecido para proteger los derechos y las libertades de los perjudicados, de la víctima y del imputado⁹⁵².

En tal sentido se pronunció, entre otros, la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia en *Protocolo Penal* de Junio de 2008⁹⁵³, al concluir que el proceso de mediación no supone ninguna limitación al ejercicio de los derechos que la ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código penal reconoce a las partes, incluida la acusación particular.

⁹⁵⁰ Si bien ha de señalarse que ese estudio se ciñe fundamentalmente a los derechos y garantías de los infractores.

⁹⁵¹ Como ya se aclaró, junto a la mediación intrajudicial -que opera dentro del procedimiento penal, cuando el conflicto ya ha sido judicializado- se habla también de la mediación extrajudicial. En general, se entiende que en la primera, el objetivo no es la disminución de la litigiosidad, sino obtener una resolución jurisdiccional de mayor calidad que satisfaga en lo posible a todos los intervinientes, que repare de manera integral a la víctima y que evite que el conflicto se reproduzca en el futuro.

⁹⁵² Ya la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, subraya entre sus principios informadores que el procedimiento de mediación debe estar dotado de las garantías procesales fundamentales.

⁹⁵³ Disponible en www.forojusticia.cgae.es.

En la doctrina, en opinión que comparto, se reconoce mayoritariamente que la mediación penal es compatible con el sistema judicial y con sus principios, siendo complementaria del mismo.

A título de ejemplo, tal como recuerda Hidalgo Huerta⁹⁵⁴, la aplicación de Mediación Penal no obsta al cumplimiento de cada uno de los principios generales del derecho procesal general, ni penal en particular, siéndole absolutamente aplicables. Las normas que rigen la mediación están claramente en consonancia con los principios constitucionales que garantizan el debido proceso, el acceso a la justicia, la bilateralidad del proceso y la defensa en juicio, entre otros principios.

Entre los principios constitucionales más cuestionados se hallan:

2.1.-El principio de legalidad.

Este principio constituye una condición esencial del Derecho Penal por cuanto supone una garantía de actuación para los justiciables, y la ciudadanía en general, desde el momento en que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado no podrá sobrepasar los límites de lo previamente estipulados por las leyes vigentes.

Es uno de los principios procesales más discutidos en el ámbito de la mediación penal, por cuanto siendo el principio de oportunidad de aplicación necesaria en la mediación penal⁹⁵⁵, se considera, por un gran sector de la doctrina, incompatible con el principio de legalidad, que rige en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En general, el principio de oportunidad se plantea como opuesto al de legalidad por los defensores a ultranza de éste.

En esta línea, Silva Sánchez⁹⁵⁶ considera que los procesos de mediación no solo vulneran el principio de legalidad, sino también los de igualdad y culpabilidad.

⁹⁵⁴ Vid. HIDALGO HUERTA, Juan José, “*Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal*”. Revista Jurídica on line. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil –Ecuador- 19 Julio 2011, pág. 354. También Barona Vilar reflexiona sobre las razones de incorporar la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico y para qué hacerlo, deduciendo que no altera la “garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal”, vid. BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch Valencia, 2011, págs. 237 y sig.

⁹⁵⁵ Entre otros, vid. GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA., (coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción), Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008, op.cit. págs. 314-315. Los autores ponen de manifiesto que la Mediación Penal debe ser una institución amparada en el principio de oportunidad, visualizable a través del auto de sobreseimiento (por razones de oportunidad reglada) o de la sentencia u otra resolución (dependiendo del momento procesal en el que se desarrolle la Mediación). Y en este mismo sentido se pronuncia la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia en la elaboración del Protocolo Penal de Junio de 2008 (disponible en forojusticia.cgae.es).

⁹⁵⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*”. Revista Poder Judicial. n° 45. Primer Trimestre 1997, pág.20.

Queralt Jiménez⁹⁵⁷, por su parte, apunta que con el principio de oportunidad se aumenta el riesgo de caer en la arbitrariedad en la selección de los casos relevantes formalizando dos circuitos penales diversos.

Sin embargo, son numerosos los autores que defienden con carácter general la incorporación de este principio de oportunidad en nuestro ordenamiento.

En este sentido, los autores ponen de manifiesto que hablar de principio de legalidad *versus* principio de oportunidad resulta incorrecto y equivocado⁹⁵⁸. De hecho, señalan, resulta que en todos los sistemas penales existe el principio de legalidad como regla, y en algunos se acepta el principio de oportunidad como principio que cohabita con el anterior, mientras que en otros, se acepta como una excepción.

Tal como afirma Gordillo Santana⁹⁵⁹, el uso de la discrecionalidad no tiene por qué romper el principio de legalidad cuando es la propia ley quien autoriza aquélla y fija los límites.

En esta misma línea se pronuncian Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles⁹⁶⁰, para quienes, en general, ambos principios se complementarían al admitir la oportunidad como manifestación de la legalidad cuando dicho principio esté regulado legalmente⁹⁶¹.

En este contexto, el argumento habitualmente esgrimido en contra de la mediación, en el sentido de que la misma vulnera el principio de legalidad no es ajustado a la realidad, pierde peso, siempre y cuando dicha mediación se realice bajo el marco de referencia de una legislación que la regule⁹⁶².

⁹⁵⁷ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “La mediación en España y perspectivas internacionales” en *Derecho, proceso penal y victimología*, VVAA (dir. por REYNA ALFARO, Luis Miguel). Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pág. 36.

⁹⁵⁸ De esta opinión se muestran partidarios, entre otros, GORDILLO SANTANA Luis, “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”, Revista Redur, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, pág. 17; y FERNÁNDEZ NIETO Josefa y SOLÉ RAMÓN Anna María, en *El impacto de la Mediación en los casos de Violencia de Género: un enfoque actual práctico*, Edit Lex Nova 2011, pág. 16.

⁹⁵⁹ Vid. GORDILLO SANTANA, Luis, “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”. Revista Redur, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, pág. 21.

⁹⁶⁰ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson S.L. Madrid 2011, pág. 353, con referencia a Sancho Gargallo, “Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento abreviado” *Los principios del proceso penal*. 2002. En www.poderjudicial.es.

⁹⁶¹ A título de ejemplo, también Iñiguez Ortega se muestra partidaria, aunque con ciertas reticencias, del principio de oportunidad reglada. Vid. IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos...*págs. 111-112.

⁹⁶² Vid. GORDILLO SANTANA, Luis, “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”. Revista Redur, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, pág. 21.

Que el principio de oportunidad debe tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico penal junto al principio de legalidad es también opinión de Lorenzo del Río Fernández⁹⁶³, para quien, entre las posibles soluciones para corregir las deficiencias del actual sistema penal está la de configurar un modelo alternativo al proceso penal que admita el principio de oportunidad.

Por su parte, Domingo de la Fuente⁹⁶⁴ propone dar entrada en determinados supuestos al principio de oportunidad, otorgando la dirección de la investigación al ministerio fiscal y facultando el archivo de la causa si el proceso restaurativo que fuere (mediación, conferencias...) ha concluido de forma exitosa, concediéndose un periodo de prueba (archivo provisional) para comprobar que los acuerdos se han cumplido por el infractor y si es así decretar su archivo definitivo. Por el contrario, si en ese periodo de prueba se constata el incumplimiento evidente por el infractor, se reanuda de forma inmediata el proceso penal normal.

En definitiva, se ha abierto el necesario debate sobre la posibilidad de introducir en el proceso penal de adultos soluciones normativas muy vinculadas al principio de oportunidad como las que contempla la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad del Menor⁹⁶⁵.

Desde mi punto de vista, y compartiendo la opinión mayoritaria de la doctrina que se muestra a favor de la introducción del principio de oportunidad, considero que la mediación ofrece mejores soluciones para determinados casos.

En ocasiones, ante hechos punibles con escasa lesión social, en los que se produce la pronta reparación de la víctima (amparada en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE) y la rehabilitación del delincuente (finalidad perseguida por las penas: art. 25.2 CE), resulta más efectivo el principio de oportunidad. Con ello, se evitaría la dilación del proceso y los perjuicios que éste conlleva tanto para la víctima como para el infractor.

Por tanto, en determinados supuestos, sería conveniente, tal como opina gran parte de la doctrina⁹⁶⁶, la adopción de otras medidas que eviten el proceso penal, como el

⁹⁶³ Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad*” Diario La Ley nº 6520-Julio 2006, pág.9. En opinión del autor no se debe obstaculizar el proceso de sustitución parcial del proceso penal por el sistema de la conciliación, así como la fórmula añadida del principio de oportunidad.

⁹⁶⁴ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, pág. 81.

⁹⁶⁵ La necesidad de abrir este debate ya se puso de manifiesto en el Seminario de Mediación Penal celebrado en Madrid del 1 al 3 de Junio de 2.005. Colección de Seminarios Vol 7. 2005. CGPJ.

⁹⁶⁶ Entre este sector de la doctrina se encuentra muy extendida la idea del principio de oportunidad como fundamento del sobreseimiento acordado como consecuencia de una mediación reparadora. A título de

sobreseimiento de la ya innecesaria instrucción, bajo determinadas condiciones para el autor, ya que en estos supuestos, la aplicación indiscriminada del principio de legalidad puede producir una vulneración del derecho de tutela y del interés público tutelado por la ley (la búsqueda de la paz social), derechos e intereses que también son amparados por la norma fundamental⁹⁶⁷.

Además, tal apunta Márquez Cárdenas⁹⁶⁸, en determinados casos y momento (él entiende hasta una vez presentado el escrito de acusación) se debe aplicar el principio de oportunidad, pues, si es de la esencia de la mediación en materia penal resolver de manera satisfactoria y expedita para las partes (víctima y ofensor) los conflictos sociales generados por la comisión del delito, nada sería más contrario a este espíritu que continuar un proceso penal en el que a la víctima le haya sido reparado el daño causado (o cualquier otra de las manifestaciones de la justicia restaurativa que sea satisfactoria para la víctima).

Por otra parte, la relación entre el principio de legalidad y la mediación no es tan distante como puede parecer. Es más, el proceso de mediación, aún cuando necesita del principio de oportunidad, no por ello deja de estar sometido, en cierta forma, al principio de legalidad.

El proceso de mediación, en realidad, es una realización del principio de legalidad⁹⁶⁹.

En este sentido, el *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*⁹⁷⁰ presenta al principio de legalidad, aunque implícito, como uno de los principios aplicables a la mediación.

ejemplo, vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*”, Ponencia del Curso de Alternativas a la judicialización de los conflictos. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 2006 nº 111, pág.43; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “*La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español*”, Diario la Ley, n.º7255, Año XXX, 2009, pág.7; DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad*” Diario La Ley nº 6520-Julio 2006; RÍOS MARTÍN, Julián y OLAVARRIA IGLESIA, Teresa “*Conclusiones del curso la mediación civil y penal. dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales*” en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, págs. 266-267.

⁹⁶⁷ En este mismo sentido, Vid. GORDILLO SANTANA, Luis, “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”. Revista Redur, Universidad de La Rioja, extracto del Capítulo 3 de su tesis doctoral: *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*, tesis publicada por la Universidad de La Rioja. 2005.

⁹⁶⁸ Cfr. MARQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. “*La Mediación como mecanismo de justicia restaurativa*”. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho. Vol.15, nº 29, 2012, pág. 167, pp 69.

⁹⁶⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria*”. Cuadernos de Derecho Judicial XV. CGPJ. Madrid 1993, pág. 402.

⁹⁷⁰ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “*Capítulo 2. El marco jurídico: derecho comparado*”, en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, Mª Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 148 y 158.

Señala que tiene su fundamento en el necesario respeto de los derechos fundamentales, libertades públicas, orden público y garantías de protección de determinados derechos a través de normas imperativas en los ordenamientos jurídicos, de manera que, a través del uso de los métodos extrajudiciales de resolución de los conflictos, no se vulnere la legalidad ni se prive a las partes del nivel de protección que los ordenamientos jurídicos reconocen.

Es un principio implícito que protege el respecto a las normas de carácter imperativo en razón del orden público⁹⁷¹.

Además, hay que tener en cuenta que, como apunta Cervelló Donderis⁹⁷², a pesar de las notables diferencias entre el proceso penal actual y el proceso de mediación, lo cierto es que también hay importantes coincidencias ya que en los procesos de mediación, al igual que en el proceso penal, se parte de que el delito no solo atañe a la víctima sino también a la sociedad en general, el delito no depende de la voluntad de la víctima en su persecución puesto que mantiene su carácter público y los acuerdos no dependen sólo de la víctima sino que exigen la presencia de un mediador que debe respetar los principios legales.

Esta correlación, mantiene la autora, debe servir de instrumento para facilitar el proceso de mediación, sin quebrar los principios y garantías propios del marco del Derecho Penal. Para ello, será necesaria la sintonía entre conflicto-delito, agresor-responsable penal, víctima-sujeto pasivo y acuerdo-consecuencia jurídica, que, dirigida desde las técnicas y habilidades propias que la mediación utilice para conseguir el acercamiento de las posiciones enfrentadas, debe respetar en todo caso y moverse dentro de los principios y garantías penales, lo que no debe suponer una limitación del uso de la mediación penal sino por el contrario, del encuentro de un espacio de compatibilidad que facilite su integración en el sistema y su utilización por los Jueces y Tribunales.

Por último, y en esta línea de reconocimiento de la compatibilidad entre la mediación y el principio de legalidad, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de

⁹⁷¹ Si bien se aclara que en el ámbito europeo este principio ha estado expresamente reconocido en diversas Recomendaciones como la Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas y la Recomendación (2002)10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en materia civil. No obstante, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos lo contemplan de manera implícita o indirecta cuando disciplinan el régimen de los acuerdos y su eficacia jurídica. Un ejemplo es el Decreto Legislativo Italiano 28/2010, de 4 de marzo, *sobre la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles*, cuyo artículo 12 dispone que el acta recogerá el acuerdo cuyo contenido no sea contrario al orden público ni a normas imperativas.

⁹⁷² Vid. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, "Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables" en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, nº 4, 2012, pág. 37.

Enjuiciamiento Criminal presentado en 2013 se alude al principio de oportunidad que se pretende instaurar. A este respecto, se dice que *“el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional. Supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o incluso sin repercusión sustantiva alguna)”*.

2.2- El principio de igualdad.

Algún sector doctrinal entiende que la mediación afecta también al principio de igualdad ante la ley, de manera que las partes serán tratadas de forma distinta, según puedan o no hacer frente al acuerdo reparatorio.

Parten de la idea de la falta de uniformidad de criterios de admisión que rigen en los programas de mediación, así como que si se tiende a la reparación de contenido económico, se crearan dos sistemas paralelos de justicia: uno para ricos y otro para pobres, por cuanto no todos los sujetos podrán ser tratados idénticamente, a la vista de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima.

Comparten este criterio autores como Queralt Jiménez, Silva Sánchez, Iñiguez Ortega y Larrauri Pijoan⁹⁷³.

Sin embargo, como bien afirma Carrasco Andrino⁹⁷⁴, la reparación no debe plantear mayores problemas que la pena de multa.

Además no hay que olvidar que, como ya se expuso, la reparación no tiene necesariamente un contenido económico, y cuenta con suficientes mecanismos de reparación para cubrir las necesidades de las víctimas sin tener que recurrir a una solución económica del conflicto.

Por otra parte, la mediación penal, precisamente, uno de los principios básicos a que está sujeta es el principio de igualdad de trato de las partes; ambas se colocan en la misma posición, cuentan con las mismas posibilidades y actúan en igualdad de armas.

⁹⁷³ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“La mediación en España y perspectivas...ob.cit. pág.35; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “Sobre la relevancia jurídico-penal...ob.cit. pág. 20; IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, La víctima: aspectos sustantivos...ob.cit. pág. 515; LARRAURI PIJOAN, Elena, “Criminología: abolicionismo y garantismo”. ADPCP(Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales). Vol. L, 1997, pág. 137.*

⁹⁷⁴ Vid. CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, *“La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)”* Revista Jueces para la Democracia, n^o 34, marzo 1999, pág. 80.

Resumiendo, la mediación penal no solo es compatible con los principios constitucionales del proceso penal sino que, en algunos casos, favorece, de forma más efectiva, el cumplimiento de los mismos y concede mejor protección a las víctimas⁹⁷⁵.

Este es el caso del principio de intervención mínima, a título de ejemplo.

Con la introducción de la Mediación Penal como método de resolución de conflictos se refuerza aún más el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Como señala Gordillo Santana⁹⁷⁶, el poder punitivo del Estado está regido y limitado por el principio de intervención mínima, conforme al cual el Derecho penal sólo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes y sólo puede intervenir ante el fracaso de otros medios de solución del problema, por ello la pena es la “*ultima ratio*”. Una de las consecuencias del principio de intervención mínima en lo que se refiere a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, consiste en que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito.

Entiende este autor que, en aquellos supuestos donde el interés general de persecución, debido a la falta de trascendencia de la conducta a nivel social o a su irrelevancia, así lo aconseje, se debe proceder a introducir nuevos métodos de regulación de conflictos enfocados a la mediación penal, sin derivar las conductas a otras áreas del Derecho. Con ello se preserva, por un lado, el efecto tanto preventivo como general del Derecho penal y, por otro, se disfrutaría de los beneficios resocializadores que genera la mediación penal⁹⁷⁷.

Domingo de la Fuente⁹⁷⁸ afirma que una sociedad responsable debe tener resortes propios para la gestión de sus conflictos basándose especialmente en el principio de intervención mínima, al que considera fundamento jurídico de la Mediación Penal.

⁹⁷⁵ Igual apreciación hacen Herrera Moreno, quien destaca también la relevancia que adquiere con la mediación el principio de la mínima la mínima aflicción o pena humanizada. *Vid.* HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág. 250; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria*”. Cuadernos de Derecho Judicial XV. CGPJ. Madrid 1993, págs. 287-312.

⁹⁷⁶ *Vid.* GORDILLO SANTANA, Luis, “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”. *Revista Redur, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho*, págs.7-8.

⁹⁷⁷ Comparte en este sentido Gordillo Santana la opinión de Roxin, a quien cita, en cuanto considera que si la reparación no estuviera rodeada de ningún elemento penal, ciertamente su efecto intimidatorio sería menor, pero esto no sucede si se mantienen, junto con la reparación, la amenaza con la pena, la persecución por parte de los órganos de la jurisdicción penal, el proceso penal y el pronunciamiento de culpabilidad, aunque luego la pena no llegue a imponerse.

⁹⁷⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, V., “*Justicia restaurativa y mediación penal*”, *Revista de Derecho Penal. Lex Nova* n° 23, Valladolid, enero 2008, pág. 2.

Otro sector de la doctrina aboga por la aplicación de la mediación fuera del ámbito del Derecho penal y por la despenalización de ciertos tipos penales.

Sin embargo, hay un grupo en la doctrina, detractor de la mediación penal, que argumenta que no se puede fundamentar la aplicación de esta figura en aspectos como que el Derecho penal se inspire en el principio de *ultima ratio* o intervención mínima.

A este respecto, baste decir que no es solo este argumento el que fundamenta la existencia de la mediación penal.

3. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS⁹⁷⁹.

La mediación penal no supone una renuncia a la tutela judicial, sino una forma de amparar los derechos e intereses de los justiciables caracterizada por un mayor protagonismo e intervención de las personas. Es más, se trata de una forma de cumplir el precepto constitucional por el que se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, recogido en el art. 125 CE⁹⁸⁰.

Los autores defensores de esta institución encuentran apoyo constitucional para sostener que el Derecho español no sólo permite el uso de la mediación penal sino que ésta constituye una extraordinaria y óptima forma de realizar la tutela judicial efectiva, derecho fundamental básico y, como ya se comentó, pilar sobre el que se asientan los demás derechos penales.

Precisamente se cita⁹⁸¹, a tal efecto, el art. 24-1º de la Constitución, el derecho a la tutela efectiva, y ello porque a través de la mediación penal la víctima encuentra mayor protección y satisfacción mediante la reparación del daño, bien sea económica o material o bien moral e, incluso, simbólica. Y, por lo tanto, siendo la protección de la víctima la mejor manera de realizar sobre ella la tutela judicial efectiva, es evidente que el uso de la mediación penal resulta claramente amparado por el referido precepto constitucional. Igualmente, los artículos 117-3º y 117-4º de la Constitución apoyan esta tesis⁹⁸².

⁹⁷⁹ Se hace concreta mención a este derecho constitucional por ser de especial relevancia, dado que se considera fundamento y base de los demás derechos de la víctima.

⁹⁸⁰ En este sentido, también, FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 37.

⁹⁸¹ A título de ejemplo, *vid.* MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco, “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, pág.32.

⁹⁸² Entre estos autores, cabe citar a Mejias Gómez para quien el proceso de mediación contribuye a la “democratización” del sistema de justicia penal tradicional, ya que “la justicia penal se vuelve más deliberada y participativa, con la inclusión de la propia sociedad en el proceso de restauración de la paz

Y así se puso de manifiesto también en el Seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial bajo el título “*Justicia reparatora: mediación penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”, en septiembre de 2007⁹⁸³ en el que se llegó a la conclusión de que la mediación penal es compatible con el sistema judicial, siendo complementaria del mismo. Se determinó que el uso de la mediación en el sistema judicial viene amparado principalmente por los artículos 117-3º y 117-4º de la Constitución, puesto que la tarea fundamental de Juzgados y Tribunales es resolver y gestionar conflictos, y la mediación es un medio óptimo de resolución de los mismos. A través de ella, adquieren plenitud los derechos reconocidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución, ya que, por un lado, se procede a la plena reparación del daño causado a la víctima (no sólo el daño económico sino también el daño moral), y por otro, se erige en la forma más adecuada de rehabilitación del delincuente.

Se deja claro, en este Seminario, que el concepto constitucional de “tutela judicial efectiva” se sustenta en la idea de protección de los derechos tanto de la víctima como del imputado, y por ese motivo la mediación es la mejor forma de prestar la más completa tutela judicial efectiva.

En definitiva, en el Seminario se concluye que la mediación resulta mucho más garantista y mucho más ajustada al concepto constitucional de “tutela judicial efectiva”.

De la misma forma, la experiencia práctica en mediación penal desarrollada en España permite llegar a idéntica conclusión y, por tanto, afirmar que, a través de la mediación en el proceso penal, adquieren plenitud los derechos reconocidos en el art. 24 y 25 CE al darse una respuesta judicial en derecho y al facilitarse la reeducación y la reinserción social del autor del mismo por su participación responsable en la resolución del conflicto y la reflexión sobre el sufrimiento causado a la víctima⁹⁸⁴.

A ello ha de añadirse que el hecho de que en el proceso de mediación intervengan otros sujetos distintos a los clásicos agentes jurídicos que intervienen en el proceso penal (jueces, fiscales, abogados), no implica que se obvie la tutela de los derechos fundamentales de las partes implicadas en el conflicto, por cuanto, como mantiene Mejías Gómez, “la tutela de los derechos fundamentales no corresponde únicamente al Poder

social y en la prevención futura del delito”. Cfr. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco, “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, pág.16.

⁹⁸³ Vid. Conclusiones del Seminario “*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”. CGPJ. Colección Conclusiones de Seminarios Vol.9. 2007 (SE-07047).

⁹⁸⁴ Así se pone de relieve en FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico...ob.cit.* pág. 44.

Judicial -aunque éste constituye *el último baluarte* al que pueden acudir los ciudadanos para obtener la tutela de sus derechos fundamentales e intereses legítimos, evitando cualquier situación de indefensión⁹⁸⁵-, sino al resto de los poderes del Estado, e incluso a aquellas instituciones de derecho privado que tienen la obligación de respetarlos y hacerlos efectivos, caso de los procedimientos alternativos o complementarios de resolución de conflictos (arbitraje, mediación, conciliación, entre otros)”⁹⁸⁶.

Por otra parte, el derecho a la tutela efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la justicia, no se ve menoscabado en el proceso de mediación, entendida como complemento de la Administración de Justicia.

Por el contrario, la mediación supone una forma legítima de ejercitar y disponer del derecho de la víctima a la justicia procesal, y del derecho a la defensa del infractor⁹⁸⁷.

El derecho de acceso a la justicia, aún cuando es asociado tradicionalmente como acceso a los juzgados y tribunales, no impide el acceso a otras vías legítimas y legales que puedan estar a disposición de los ciudadanos para la defensa y tutela de sus derechos.

Como indica Martín Díz, “este derecho procesal fundamental no ha de ser interpretado de forma rígida y absoluta, como incondicional del acceso por la vía del proceso judicial, sino que la tutela efectiva de derechos es compatible con otras opciones (incluso extrajudiciales), siempre y cuando quede expedita y a la libre elección del ciudadano el acceso a la tutela de sus derechos en sede judicial”⁹⁸⁸.

En definitiva, la mediación penal, no solo es compatible con los principios constitucionales del ordenamiento jurídico penal español -como ya se dijo-, sino que, es

⁹⁸⁵ Esta es una idea compartida -a la que me uno- por prácticamente la totalidad de los “trabajadores de la Justicia”, quienes consideran que el Juez se erige en *la última trinchera* en defensa de los derechos de los ciudadanos. Por todos, *vid.* SEONA GARCÍA, Antonio, “*Justicia agobiada. Jueces estresados*”. Boletín de información nº 60. Edit. Jueces para la Democracia, Diciembre 2013, pág 11.

⁹⁸⁶ Cfr. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, pág. 13. El autor continúa diciendo que “cuando un ciudadano se dirige a cualquier Administración Pública tiene derecho a que tal administración actúe con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Norma Constitucional. Así mismo cuando varios ciudadanos deciden escoger las vías alternativas de la mediación, la conciliación o el arbitraje, es evidente y claro que tales ciudadanos tienen perfecto derecho a que el arbitro, mediador o conciliador, actúe siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Es absurdo pensar que únicamente corresponde al Poder Judicial garantizar y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, puesto que esto atañe a todas la Administraciones Públicas así como a las entidades de Derecho Privado citadas”.

⁹⁸⁷ *Vid.* HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág. 250, en referencia a SANTANA VEGA, Dulce M^a “*Principio de oportunidad y sistema penal*” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto, Madrid, 1995, pág. 104 y sig.

⁹⁸⁸ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada*”. Ponencia, en Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal. La Coruña, 2 y 3 de Junio de 2011. Disponible en <http://hdl.handle.net.2183/9198>, pág. 143. Señala el autor que la única exigencia en estas otras vías (la mediación u otras formas extrajudiciales y complementarias de administración de la justicia) se ha de fijar en que aporten seguridad jurídica y no lesionen derechos fundamentales del ciudadano.

más, tal como apunta García-Rostán⁹⁸⁹, la mediación penal ha de ser concebida -al igual que se hace en la Unión Europea- como un derecho de la víctima⁹⁹⁰, puesto que su fin es la mejora del estatuto jurídico de la víctima, y, por tanto, es a la consecución de este fin al que se han de vincular otros objetivos secundarios y subordinados, tales como la reinserción social del delincuente, el bien común (pacificación social) o la economía procesal.

4. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y MEDIACIÓN PENAL.

Sentado ya que la mediación penal, por un lado, se constituye en excelente garante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, base de los demás derechos penales, veremos, como por otro, evita la victimización secundaria, principal obstáculo con el que la víctima se ha de enfrentar en el proceso penal.

La mediación penal pretende dotar de contenidos reparadores y restauradores a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de la víctima.

Favorece sus derechos e intereses (también del infractor, activando mecanismos para la resocialización y la reinserción), evitando la victimización secundaria, a través de su protección, y persiguiendo la reparación del daño, tanto material como moral o simbólica, lo que hace posible la recuperación del sentimiento de seguridad, tan necesario para restablecer la paz social perturbada por el delito.

De hecho, por lo que se refiere a la víctima, la mediación pretende alcanzar tres objetivos⁹⁹¹:

1.-la reparación o resarcimiento del daño⁹⁹²,

⁹⁸⁹ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “*Víctima y Mediación Penal*”. Anales de Derecho nº 26-2008, pág. 453.

⁹⁹⁰ A título de ejemplo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, reproduciendo la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de Septiembre de 2012, sobre la Propuesta de la citada Directiva, en su artículo 12 recoge, en *el derecho a garantías en el contexto de los servicios de Justicia*, como un derecho de la víctima el de tener opción y disfrutar de un servicio de mediación seguro y competente. En ese sentido, también *vid. La respuesta de la justicia penal en apoyo a las víctimas de actos de terrorismo*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena, Julio 2011. Edición revisada. Naciones Unidas, Nueva York, 2012. En este texto, dentro del derecho a la reparación, se incluye el derecho a la mediación puesto que, al reconocer el derecho de las víctimas a recibir información adecuada sobre su situación, sus derechos y los canales que deben utilizar para obtener la asistencia a que tienen derecho, se especifica que las víctimas habrán de ser informadas de *los medios de reparación disponibles en sus instituciones jurídicas a fin de facilitar la concertación de acuerdos de mediación y restitución*.

⁹⁹¹ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián y OLAVARRIA IGLESIA, Teresa “*Conclusiones del curso la mediación civil y penal. dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales*” en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, págs. 256-257.

⁹⁹² Esta cuestión ya se trató *ut supra* en epígrafe “4.8 Reparación y mediación penal”.

2.-la recuperación del sentimiento de seguridad ,como forma ésta de reparación simbólica, y de confianza, procurando, de esta forma, la reintegración de la víctima, y

3.-la resolución de los problemas asociados a la victimización secundaria y derivados de la reiterada llamada de la víctima como testigo, haciendo valer en su caso, a semejanza del imputado, un tratamiento, no de mero objeto o instrumento subordinado al desenvolvimiento de la pretensión punitiva del Estado, sino de sujeto, con un estatuto que reconozca su condición y su dignidad.

Como recuerda Gutiérrez Martínez, “las propias normas básicas de la mediación penal nos demuestran la intención de disminuir al máximo los efectos negativos en la víctima, contando con ella en todos los pasos y explicándole al infractor su hecho cometido”⁹⁹³.

La victimización secundaria se reduce, o incluso, se elimina, en la mediación penal puesto que también se ayuda a la víctima a superar el miedo y otros traumas derivados de la infracción⁹⁹⁴.

Por otro lado, el éxito de la mediación penal supone la finalización anticipada del proceso penal o su evitación, cuando es posible. Con ello, la víctima encuentra resuelto el problema que le ha causado el delito, sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento largo, con la consiguiente demora de tiempo; costoso, ahorrando gastos judiciales elevados en numerosas ocasiones; y penoso, sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto el daño que el delito le causó en su día⁹⁹⁵.

Con la mediación entre víctima e infractor se prioriza la resolución del conflicto mediante un proceso con unos parámetros que los mismos implicados han de seguir, basado en el diálogo y el respeto mutuo. El objetivo es que ambas partes resulten beneficiadas, tanto en el aspecto moral como en el material, y que, en consecuencia,

⁹⁹³ Cfr. GUTIERREZ MARTINEZ, M^a Nieves, “*Mediación Penal: una visión desde el trabajo social y la criminología*”. Revista Anales del Derecho (Universidad de Murcia), nº 27-2009, pág. 249.

⁹⁹⁴ Vid., entre otros, GUTIERREZ MARTINEZ, M^a Nieves, “*Mediación Penal: una visión desde el trabajo social...*ob.cit. pág. 257. Esta autora apunta que una posible forma de demostrar que la victimización es menor con este tipo de proceso es analizando cuáles son los tipos de acuerdos llevados a cabo por las víctimas y los infractores, y resulta que, analizados los estudios llevados a cabo en este sentido, destaca que la mayor parte de las víctimas demandaron una reparación de tipo moral para sentirse satisfechas, y, en concreto, de detecta un alto porcentaje de acuerdos morales en procesos de mediación en los que intervenían familiares o conocidos o personas cercanas al entorno de la víctima. Vid. GUTIERREZ MARTINEZ, M^a Nieves, “*Mediación Penal: una visión...*ob.cit. pág.451.

⁹⁹⁵ Vid. IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003, págs. 514-515. En este mismo sentido, se pronuncia Hidalgo Huerta quien además hace hincapié en que mediante el acuerdo reparatorio se logra también la descongestión de la administración de justicia, suponiendo ello un ahorro económico por concepto de gastos judiciales, costas, honorarios, entre otros, que hubiera tenido que incurrir no solo la víctima, sino también el imputado o acusado. Vid. HIDALGO HUERTA, Juan José, “*Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica...*ob.cit. pág. 342.

también se vea beneficiada la propia comunidad al conseguirse la reducción de las tensiones y el restablecimiento de la paz entre sus miembros⁹⁹⁶.

5. LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS PENALES DE LAS VÍCTIMAS.

La mediación penal se rige por unos principios que, no sólo la protegen de eventuales riesgos y excesos⁹⁹⁷, sino que, principalmente, contribuyen a dar cumplimiento a los derechos y garantías de las víctimas (e infractores) reconocidos en el proceso penal, haciendo, en consecuencia, compatibles estos principios constitucionales y garantías procesales de las partes en conflicto con la mediación penal.

Para que los derechos de las víctimas se encuentren garantizados en un proceso de mediación penal, es preciso que concurran una serie de condiciones, las cuales han sido fijadas ya, en parte, tanto por las Naciones Unidas⁹⁹⁸ como por la normativa europea.

No obstante, hay que tener en cuenta que, para mayor garantía y protección de los derechos de las víctimas e infractores, se recoge una cláusula de excepción a su aplicabilidad⁹⁹⁹, en el sentido de que nada en estos principios básicos deberá afectar cualquier derecho para un delincuente o una víctima que se establezcan en leyes nacionales o leyes internacionales aplicables.

En concreto, en el ámbito europeo, la Comisión Europea marcó la pauta a seguir en julio de 2004, mediante la publicación del *Código de Conducta Europeo para los Mediadores*¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ En este mismo sentido, Vid. MARTÍN BARBERÁN, Jaime, “La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos”. Revista Poder Judicial nº 58 – 2º trimestre 2000. Vol. 58. págs. 213-260.

⁹⁹⁷ De los que se tratará más adelante.

⁹⁹⁸ Vid. *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006, que intenta establecer los parámetros para el uso de la justicia restaurativa y las medidas que deben adoptarse por los Estados Miembro para asegurar que éstos garanticen que los participantes en procesos restaurativos sean protegidos con garantías legales adecuadas. A tal fin, recoge los principios básicos a los que ha de responder el uso de los programas de Justicia Restaurativa en materia penal. Enumera, entre otros, como tales: Derecho a consultar a un representante legal, derecho a ser informados, a no participar, a que no se interprete la participación como evidencia de culpa, voluntariedad de los acuerdos, proporcionalidad y razonabilidad de las obligaciones a contraer por el infractor, confidencialidad, supervisión judicial, derecho a no sufrir represalias por falta de acuerdo, imparcialidad y seguridad.

⁹⁹⁹ Vid. *Manual de programas de Justicia...* ob.cit. pág.102.

¹⁰⁰⁰ Disponible en ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf. En dicho Código se enumeran unas normas mínimas de actuación propias del mediador que marcan una diferencia respecto de otras intervenciones profesionales, como independencia, imparcialidad, flexibilidad del procedimiento, voluntariedad, confidencialidad. La elaboración de este código deontológico para mediadores responde a la necesidad de enmarcar la mediación y al mediador en su propia especificidad.

Posteriormente, alude a estas condiciones que ha reunir el procedimiento de mediación penal la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Publicada en fecha 14.11.2012 en el Diario Oficial de la Unión Europea¹⁰⁰¹. En ella se establecen como principios:

-La prioridad es satisfacer los intereses y necesidades de la víctima.

Considero que esta característica del proceso de mediación es fundamental por cuanto condiciona su propia existencia y su finalidad, esto es, la mediación penal solo podrá tener lugar si se produce en interés de la víctima y, preferentemente, para satisfacer éste.

-Seguridad y competencia de los servicios de mediación, de forma que protejan contra la victimización secundaria o la intimidación o represalias.

-Consentimiento libre e informado de la víctima, el cual podrá retirar en cualquier momento.

-Ofrecer a la víctima una información exhaustiva e imparcial.

-Reconocimiento por parte del infractor de los elementos fácticos básicos del caso.

-Voluntariedad en la participación en el proceso y en el acuerdo final adoptado.

¹⁰⁰¹ Estas características o condicionantes que ha reunir la mediación son una transcripción literal del artículo 12 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, que ésta ya en su artículo 11 lo recogía en iguales términos. El artículo 12 de la Directiva de Octubre de 2012, relativo a las garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora, dispone que:

“1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

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

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

c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”.

-Confidencialidad del contenido de los debates. No podrán ser difundidos tampoco con posterioridad, salvo acuerdo común entre las partes.

-Relevancia judicial del acuerdo, en el sentido de que podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal.

No obstante, en general, la doctrina¹⁰⁰² viene reconociendo un abanico más amplio de exigencias al proceso de mediación, sin perjuicio de que cada autor resalte la importancia de una u otra característica¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² Estos principios o características son citados por numerosos autores, entre ellos, *Vid. La Mediación Penal y Penitenciaria. Un programa para su regulación*. VVAA. (coord. SÁEZ RODRIGUEZ, Concepción. Cizur Menor (Navarra). Thompson-Aranzadi, 2008, págs. 319 y ss. También *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón), Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010 págs. 14 y sig.; *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, págs. 147 y sig. Por su parte, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, enumeraba los principios que han de regir la mediación en el art.157-1º, según el cual: “La mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad”, mientras que el Proyecto de 2012, presentado en 2013, solo hace referencia expresa a la voluntariedad y gratuidad (arts. 143 y 144-5º respectivamente), y respecto a otros principios (igualdad, neutralidad, imparcialidad, información y asesoramiento) remite, en el art. 144-1º, a la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (concretamente, artículos 6-1º y 3º, 7, 8, 13-1º, 17-1º, párr 2º).

¹⁰⁰³ Así, a título de ejemplo, Marques Cebola distingue entre los elementos caracterizadores de la mediación, como la flexibilidad del procedimiento o la neutralidad e imparcialidad exigibles al mediador, y los principios que tienen mayor peso jurídico, ofreciendo garantías de seguridad y justicia a las partes en la resolución de su conflicto por esta vía, como son la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad de las partes, tres condiciones que considera *sine qua non* para que la mediación se realice y sus resultados sean plenamente válidos y de los que hace un detallado estudio. *Vid. MARQUES CEBOLA, Cátia, La mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. Universidad de Salamanca 2011, págs 229-253. Disponible en www.gredos.usal.es. También resulta interesante, por su originalidad, la enumeración que de los principios de la mediación, en general, hace Mejías Gómez, quien, además de los que se citarán en este trabajo, alude a:

“1.-Principio de autocomposición: Supone que las partes en conflicto son sus propios jueces. Ellas son las que pondrán fin al litigio, con la ayuda de un tercero, pero no será este tercero el que decida, sino que el poder decisorio para solucionar el problema lo mantienen las partes.

2.-Principio de negociación: La mediación se fundamenta en un verdadero proceso de negociación que se desarrolla entre los protagonistas del conflicto y cuyo resultado final es la solución al mismo.

3.-Principio de intervención: La mediación consiste en un proceso de negociación, pero en un proceso de negociación asistida o intervenida por un tercero, el mediador, que intentará aproximar las posiciones de las partes y facilitar la consecución del acuerdo.

4.-Principio de equivalencia: Supone que ambas partes realizan un sacrificio equivalente, parecido, compensado, proporcionado, similar, semejante. No es posible, si se quiere que tenga éxito la mediación, que una de las partes sacrifique mucho más que la otra, si eso ocurre la mediación está abocada al fracaso.

5.-Principio de satisfacción: Al final del proceso de mediación se ha producido la satisfacción de los intereses de las partes, como consecuencia de la negociación se ha llegado a un punto donde confluyen los intereses de los contendientes, lo que determina la existencia de un interés común mutuamente aceptado por ambas.

6.-Principio de responsabilidad: La mediación se basa en la idea de que la responsabilidad en la solución del conflicto es de los contendientes. No delegan en nadie para solucionar sus problemas sino que los resuelven ellos mismos.

7.-Principio de comunicación no verbal: Es un elemento fundamental en el proceso de mediación el uso de lo que se llama “lenguaje no verbal”, que es todo aquello que una persona es capaz de comunicar a otra sin necesidad de utilizar la palabra. Esto es, la manera de expresarse, la forma de mirar, la forma de vestir, el lugar donde se desarrolle la reunión, el tiempo que las partes se concedan para hablar, el interés con que escuchen....

Tamarit Sumalla¹⁰⁰⁴ señala que estos principios comunes que rigen la justicia restaurativa, y, por ende, la mediación penal, responden, sobre todo, a las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto.

De la normativa internacional así como de los Estados que han regulado el fenómeno de la mediación y de los distintos autores, estudiosos de esta figura, se pueden extraer una serie de principios que, de forma sucinta, enumero seguidamente.

5.1. VOLUNTARIEDAD DE LAS PARTES.

Todos los ordenamientos que regulan la mediación reconocen que el método se fundamenta en la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo por sí mismas, participando en un proceso de mediación.

Este es uno de los principios fundamentales a que ha de responder la mediación penal. Tal como señala Ordeñana Gezuraga¹⁰⁰⁵, la mediación penal sólo puede tener un origen: la libertad de las partes, su autonomía de la voluntad.

Barona Vilar¹⁰⁰⁶ se refiere a este principio como “el punto nuclear de la mediación”. Conviene la autora en que nadie está ni debe estar obligado ni a acudir, ni a concluir un acuerdo ni a mantenerse en un procedimiento de mediación si no quiere. Y sostiene que “convertir la mediación en obligatoria refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar”.

8.-Principio de los intereses: El interés es lo que cada una de las partes quiere, es el fondo de su pretensión, es su pretensión real y verdadera. El descubrimiento de cual sea el interés de cada parte es esencial para el éxito del proceso de mediación.

9.- Principio de las posiciones: La posición es lo que cada parte dice que quiere, pero no lo que realmente quiere. Es lo que se deja ver a la otra parte, la parte del interés que se deja visualizar. Las posiciones son lo que realmente se mueve durante la mediación.

10.-Principio del no vencimiento: El fundamento de todo el proceso de mediación es el siguiente: “nadie pierde y todos ganan”, “no hay vencedores ni vencidos”. En la mediación todos ganan, nadie resulta vencido ni es el perdedor de ninguna batalla. Esta idea es la que soporta todos los demás principios y el que permite que los contendientes se sientan satisfechos por el acuerdo y lo cumplan de forma voluntaria”. Cfr. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, págs. 6-8.

¹⁰⁰⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M. “*El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, 139-160 eISSN: 2340-515, pág. 143.

¹⁰⁰⁵ Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa que funciona*”, en *XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible* (17. 2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. BORJA ANTÓN). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, pág. 1945.

¹⁰⁰⁶ Vid. BARONA VILAR, Silvia. “*Las ADR en la Justicia del siglo XXI, En especial, la Mediación*”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN, Coquimbo*, vol.18 - n° 1, 2011 pág. 208. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000100008>.

Como requisito “inexcusable”, no solo en la fase de inicio sino también durante el desarrollo, alude a él Aguilera Morales¹⁰⁰⁷.

De “principio cardinal” lo califica Vilalta Nicuesa¹⁰⁰⁸, en el sentido de que el proceso y los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. Se trata de un principio vinculado al principio de flexibilidad y de poder decisorio de las partes¹⁰⁰⁹.

Ortuño Muñoz y Hernández García¹⁰¹⁰ lo consideran “el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación”, la libre decisión de las partes a participar en un proceso de mediación constituye “la sustancia, el principio base, la regla de oro, sin la cual no puede pensarse ni diseñarse un programa restaurativo”¹⁰¹¹.

Pascual Rodríguez¹⁰¹² recuerda que es “un ingrediente sin el cual la mediación estará abocada al fracaso”.

Dada la importancia de este requisito, puede considerarse, tal como apunta Martín Diz¹⁰¹³, que una mediación no querida, no elegida, una mediación impuesta, ya parte en origen con un vicio insubsanable que posiblemente la inutilice y la haga estéril.

No obstante, se entiende por algunos autores, y así se ha plasmado en varias legislaciones, que el principio de voluntariedad no impide que se instaure legalmente la obligatoriedad de iniciar un proceso de mediación previo al de interposición de un proceso judicial¹⁰¹⁴. Ello no significa romper con el carácter esencialmente voluntario del

¹⁰⁰⁷ Vid. AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, REDUR 9, diciembre 2011, pág. 131. ISSN 1695-078X.

¹⁰⁰⁸ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico: derecho comparado”, en VVAA (dir. Pompeu Casanovas, Jaume Magre, M^a Elena Lauroba). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 147.

¹⁰⁰⁹ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico...ob.cit. pág.158.

¹⁰¹⁰ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”. Fundación Alternativas 2007. Disponible en www.falternativas.org, pág.35.

¹⁰¹¹ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Sistemas alternativos...ob.cit. pág. 71.

¹⁰¹² Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador...ob.cit. pág. 162*, en referencia a RÍOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, BIBIANO GUILLÉN y SEGOVIA BERNABÉ: *La mediación penal y penitenciaria...*, 2^a ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 100.

¹⁰¹³ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando “Claves para el éxito de la mediación...ob.cit. pág. 3.

¹⁰¹⁴ De hecho, en algunos países la mediación ha sido introducida en algunos ámbitos del derecho como un paso necesario y obligatorio A título de ejemplo, Alemania se prevé que los Estados alemanes puedan introducir con carácter obligatorio la mediación antes de iniciar un proceso judicial, en ciertos tipos de litigios civiles, y su Código de Procedimiento Civil dispone la mediación obligatoria en asuntos de naturaleza financiera, en controversias de barrio y en casos de difamación; Noruega, que establece una mediación familiar en los procesos de separación y divorcio; en Francia, el juez puede imponer a las partes someterse previamente a la mediación cuando se trata de asuntos dentro del ámbito de familia; en Austria existe una conciliación obligatoria en materia de vivienda y arrendamientos; Argentina dispone que la mediación tiene carácter obligatorio previo a todo juicio.

desarrollo del proceso, porque las partes pueden, en cualquier momento, finalizar el proceso de mediación.

Esta libertad de participación guarda, entonces, relación directa con las garantías procesales.

El procedimiento de mediación exige la participación libre, voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora, quienes deben decidir libremente su participación en el proceso, pudiendo retractarse de ese consentimiento en cualquier momento de la Mediación.

Esto implica, por un lado, el reconocimiento del derecho a la información, puesto que el consentimiento ha de emitirse de forma libre y consciente, y la única manera de lograrlo es mediante una completa y fidedigna información a las partes que participaran en la mediación para que queden perfectamente enteradas sobre cómo se desarrollará la mediación penal, las distintas fases del proceso, de las ventajas e inconvenientes que, para cada una, puede reportar someterse a ella, de sus repercusiones, de las consecuencias que pueden seguirse tanto se logre un acuerdo como no y, sobre todo, de los derechos que le asisten como parte procesal tanto si se someten a la mediación como en caso contrario¹⁰¹⁵.

La información debe actualizarse durante todo el proceso.

El consentimiento también exige que el sujeto tenga competencia y capacidad para prestarlo.

Por otro lado, la voluntariedad que informa la mediación penal implica, además, que las partes puedan retractarse en cualquier momento de participar en ella, sin que del abandono del proceso de mediación se deriven consecuencias jurídicas negativas de índole procesal o penal.

Ello excluye, tal como indica Aguilera Morales¹⁰¹⁶, el uso de cualquier medio dirigido a doblegar o dirigir la voluntad de las partes con vistas a que éstas accedan a someterse o a continuar el procedimiento mediador.

¹⁰¹⁵ En este sentido, *vid.* AGUILERA MORALES, M., “*La mediación penal: ¿quimera...*” *ob.cit.* pág.131; RÍOS MARTÍN, Julián, “*Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA, coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Ramón. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 14; ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “*Sistemas alternativos...*” *ob.cit.* pág.71; GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA., (coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción), Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008, pág. 319.

¹⁰¹⁶ *Vid.* AGUILERA MORALES, M., “*La mediación penal: ¿quimera...*” *ob.cit.* pág.131.

Se debe, por tanto, garantizar para la víctima (y para el infractor) la ausencia de cualquier tipo de presión y la posibilidad de, iniciado el proceso de mediación, abandonarlo y volver a la fase procesal que corresponda.

De ahí también la importancia de crear un clima de seguridad, en especial, para la víctima.

Barallat López¹⁰¹⁷ resume las exigencias que conlleva el libre consentimiento de las partes para participar en el proceso de mediación:

a) La mediación no debe proceder si cualquiera de las partes principales no es capaz de comprender el significado del proceso.

b) Antes de aceptar la mediación, las partes deberían estar plenamente informadas de sus derechos, la naturaleza del proceso de mediación y las posibles consecuencias de su decisión.

c) Ni la víctima ni el delincuente deben ser inducidos por «medios desleales» a aceptar la mediación.

Del Río Fernández¹⁰¹⁸ estima que la participación en el proceso de mediación libre y voluntariamente aceptada, previa la información correspondiente, tiene una consecuencia directa en la consecución de los derechos procesales o constitucionales de las partes, por cuanto, considera el autor, que ya que se parte del necesario acuerdo de las partes implicadas, difícilmente podrá alegarse con posterioridad la vulneración de derechos procesales o constitucionales de alguno de los implicados.

En esta misma línea se pronuncia Herrera Moreno¹⁰¹⁹ por cuanto mantiene, en criterio que comparto, que si se presta un consentimiento no viciado, en legítimas condiciones de libertad de libertad de reflexión y decisión, no puede afirmarse que las garantías individuales resulten vulneradas¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ Vid. BARALLAT LÓPEZ, Juan, “La Mediación en el ámbito penal” en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013. ISSN 1696-6759, pág. 15.

¹⁰¹⁸ Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “El Reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad”, *Diario La Ley*, nº 6520, 6 de Julio de 2.006, pág. 11.

¹⁰¹⁹ Cfr. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996, pág. 250.

¹⁰²⁰ Comparten, igualmente, esta idea de que no se vulneran las garantías y derechos procesales cuando voluntariamente se acepta participar en el proceso de mediación, haciendo referencia ellos a la presunción de inocencia como manifestación del derecho a la tutela efectiva, autores como GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*. Universidad de La Rioja. 2005, pág. 373 y 392-398; GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007, pág. 199; CARRASCO ANDRINO, Mª del Mar, “La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)” *Revista Jueces para la Democracia*, nº 34, marzo, 1999, pág 80; PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007, pág. 564.

Otros autores¹⁰²¹ plantean la imposibilidad o dificultad de que la participación en el proceso de mediación pueda ser efectivamente voluntaria, en concreto, para el imputado por el contexto coercitivo en que se desarrolla.

Esta consideración parte de la amenaza de la persecución penal que subyace en una oferta de mediación en sede penal y ante las puertas de un proceso penal; esta circunstancia hace que se dude, por algunos, de que la participación del imputado en la misma sea voluntaria.

Sin embargo, en lo que respecta a la mediación penal, este principio de voluntariedad se ha ido matizando en la práctica frente al reconocimiento por parte de diversos autores, de que no es posible exigir el mismo grado de voluntariedad “pura” que se da en la mediación civil o familiar para el caso de la mediación penal; en ésta se ha llegado a afirmar que el tipo de voluntariedad que se requiere, especialmente respecto de la participación del imputado que es respecto de quien esta voluntariedad se ve más afectada, es una “voluntad relativa”. Es decir, que lo importante es que el imputado tenga efectivamente una opción: sea de ir a juicio o de ir a un proceso de mediación, y que esta opción no se vea afectada por presiones ilegítimas sobre el imputado con el fin de obtener su participación en el proceso de mediación.

Desde mi punto de vista, lo importante es que la libre voluntad concorra en la decisión de participar, o no, en el proceso de mediación, siendo indiferente las causas que lleven a esa decisión, siempre, claro está, que no deriven de intimidación o represalias. Y lo cierto es que el posterior desarrollo de un proceso penal no puede ser considerado a efectos de intimidar al imputado para que participe en la mediación puesto que aquél es la consecuencia normal tras la comisión de una infracción penal.

5.2. GRATUIDAD.

El proceso de mediación penal deberá ser totalmente gratuito para las partes en conflicto. Los gastos derivados de la mediación ha de ser asumidos por la Administración de Justicia, y ello debido al carácter público que tiene el Derecho penal¹⁰²²; máxime si

¹⁰²¹ Vid. DIAZ GUDE, Alejandra, “La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados”. Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) en *III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos*, pág. 10. Disponible en www.justiciarestaurativa.org. Vid. BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa. Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*. Edit. Universidad Fidélitas. San José, Costa Rica. Julio 2009, págs 95-96.

¹⁰²² Vid., entre otros, RIOS MARTÍN, Julián, “Mediación: conceptos básicos” en *VVAA* (coord. por SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN). *Documento ideológico...*ob.cit. pág. 14.

entendemos el proceso de mediación como complementario de la Administración de Justicia, ya que en este caso, forma parte del propio proceso penal¹⁰²³.

Por otro lado, hay que resaltar su menor costo, tanto en dinero como en tiempo. Con la mediación penal se gastará menos dinero puesto que, si se llega a un acuerdo entre las partes y éste se cumple, se evitará un proceso judicial, con las consecuencias económicas que ello tiene. Además, al alcanzar un acuerdo en una mediación penal se habrá ahorrado tiempo y energías. En muchos casos los procesos judiciales son prolongados y se exige que las partes concurren repetidas veces a los tribunales, con los consiguientes gastos que ello ocasiona, y “revivan” lo sucedido en el pasado”¹⁰²⁴.

Con la gratuidad, se garantiza para la víctima, como señala Pascual Rodríguez¹⁰²⁵, el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, así como el derecho a la tutela efectiva, al acceso a la Justicia, a recibir una respuesta de la Administración de Justicia a sus pretensiones, a la asistencia letrada¹⁰²⁶ y a un proceso público sin dilaciones.

5.3. CONFIDENCIALIDAD.

La información obtenida durante las sesiones de mediación queda protegida por la confidencialidad, que, como señala Pascual Rodríguez¹⁰²⁷, no es sólo una característica esencial del proceso de mediación que concierne a las partes -y que afecta al derecho a la presunción de inocencia-, sino que es uno de los deberes que rige la actuación del mediador y de las partes.

La doctrina se muestra también unánime en remarcar la importancia de esta exigencia del procedimiento de mediación.

Así, Barona Vilar¹⁰²⁸ la califica como “una de las mayores riquezas” de este procedimiento.

Aguilera Morales¹⁰²⁹ la define como un “elemento esencial y peculiar”.

¹⁰²³ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...* ob.cit. pág. 184.

¹⁰²⁴ Vid. PÉREZ DE MATEIS, Laura S. y ORTIZ ALMONACID, Juan Luciano, “*Mediación Penal: una solución alternativa*”. Ponencia presentada en el “III Encuentro de las Américas para la Resolución de Conflictos” celebrado en Viña del Mar, Chile. 22 y 24 de Septiembre de 2004, pág.8. Disponible en www.amja.org.ar.

¹⁰²⁵ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...* ob.cit. pág. 184.

¹⁰²⁶ Los letrados podrán intervenir con carácter previo al inicio de proceso de mediación, informando sobre su desarrollo y consecuencias a sus clientes, estarán presentes en la firma del acuerdo al que lleguen las partes, podrán solicitar la remisión del caso a mediación etc.

¹⁰²⁷ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...* ob.cit. pág. 171.

¹⁰²⁸ Vid. BARONA VILAR, Silvia. “*Las ADR en la Justicia del siglo XXI, En especial, la Mediación*”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN, Coquimbo, vol.18 - n° 1, 2011, pág. 209.

¹⁰²⁹ Vid. AGUILERA MORALES, M., “*La mediación penal: ¿quimera o realidad?*”, REDUR 9, diciembre 2011, ISSN 1695-078X, pág 131.

La confidencialidad contribuye a crear un espacio de intimidad en el que el victimario y la víctima pueden expresarse con absoluta libertad¹⁰³⁰.

La privacidad en la que se desarrolla la mediación y el hecho de que las declaraciones vertidas durante el procedimiento mediador carezcan de trascendencia jurídica, alienta a las partes -sobre todo al infractor- para decidirse a participar en la mediación¹⁰³¹.

Sin embargo, como señala Díaz Gude¹⁰³², el problema de la observancia del principio de confidencialidad, es que exista una especial protección legal para asegurar el secreto de las discusiones que tengan lugar dentro del proceso de mediación.

Para ello, se establecen una serie de reglas que rigen la actuación de todos los intervinientes en el procedimiento de mediación, tanto las partes como los participantes, y abarca toda la información relativa o con respecto al proceso, su contenido y las comunicaciones previas al proceso de mediación, efectuadas durante el mismo y las posteriores.

Durante el proceso de mediación sólo participan quienes han estado involucrados en el conflicto directamente, es decir, la persona o personas víctimas si son varias, y la persona o personas infractoras¹⁰³³.

La confidencialidad queda recogida en el documento de consentimiento informado que se entrega a las partes y que éstas han de firmar antes del inicio de la mediación. De esta forma, las partes intervinientes -víctima, infractor y mediador- adquieren el compromiso de no difundir ni utilizar datos o información que se hayan conocido en las sesiones de la mediación, ni aún en el caso de que ésta no llegue a finalizar con éxito.

El principio de confidencialidad del procedimiento de mediación se extiende no solo al contenido de las entrevistas y conversaciones realizadas, sino también a la documentación del proceso de mediación y a aquella que ha sido manejada durante la mediación.

Por tanto, no se puede utilizar como medio de prueba ni las declaraciones vertidas durante el proceso de mediación ni la documentación utilizada o referente a la mediación.

¹⁰³⁰ Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa...*ob.cit. pág.1946.

¹⁰³¹ En igual sentido, vid. AGUILERA MORALES, M., “*La mediación penal: ¿quimera o realidad?*”, REDUR 9, diciembre 2011, ISSN 1695-078X, pág 131.

¹⁰³² Vid. DIAZ GUDE, Alejandra, “*La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados*”. Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) en III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos. Disponible en www.justiciarestaurativa.org, pág. 12.

¹⁰³³ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág. 171.

Por ello, ni los mediadores ni las personas que participan en el desarrollo del procedimiento tienen obligación de declarar como testigos en un proceso judicial posterior; es más, el mediador debe quedar amparado por el secreto profesional y no puede ser llamado a juicio como testigo o perito, salvo que sea para ratificar la veracidad del acta de reparación.

No obstante, habrá de tenerse en cuenta que la obligación de secreto no afecta a las partes mediadas en cuanto que éstas no pueden ser obligadas a desechar contenidos de la mediación a efectos probatorios. Por ello, siempre que los mediados hayan sido debidamente informados de la trascendencia procesal de sus manifestaciones (descripción de los hechos o reconocimiento de los mismos), éstas pueden tener repercusión y trascendencia probatoria¹⁰³⁴.

Tampoco ninguna de las partes –fiscal, juez ni abogados acusadores o defensores– podrá utilizar datos o información que se recojan en el acta de acuerdos.

Es una garantía del derecho a la defensa postulado en el art. 24 de la Constitución¹⁰³⁵, así como un instrumento para garantizar la presunción de inocencia de la persona imputada o acusada¹⁰³⁶. Y por lo que respecta a víctima y a infractor, con la confidencialidad se protege el derecho a la intimidad.

De este modo, el principio de confidencialidad queda cubierto.

Por otro lado, finalizada la mediación, se documenta en un acta que se remite al juez acompañada de un informe del mediador en el que tan solo constará que la mediación se ha llevado a efecto y si ha concluido no con acuerdo.

Si concluyó con acuerdo, se mencionará únicamente el contenido del mismo sin referencia alguna a la autoría o no del infractor.

En los supuestos de no llegarse a un acuerdo sólo se participará esta circunstancia sin ninguna otra indicación.

El acta de mediación no constituye prueba, sino la ratificación de lo plasmado en la misma mediante la prueba testifical o declaración del acusado.

¹⁰³⁴ Vid. GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA, coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción. Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008, pág.327.

¹⁰³⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián, “*Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico...*ob.cit. pág.14.

¹⁰³⁶ Vid. GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA, coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción. Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008, pág.327.

Es decir, al juez no se le va a dar a conocer lo acontecido ni lo discutido en el procedimiento de mediación, salvo lo pactado en el documento final -acta de acuerdos-, y lo que las partes, de común acuerdo y con expreso consentimiento, deseen expresar en ella y en el acto del juicio oral¹⁰³⁷, única excepción a la regla de confidencialidad, junto con aquellos supuestos en los que la ley así lo preceptúe¹⁰³⁸.

Es conveniente precisar aquí que, tal como recuerda Pascual Rodríguez¹⁰³⁹, si se alcanza un acuerdo, aunque pudiera pensarse que quien repara es porque reconoce que ha hecho algo mal y que debe subsanarlo, al ser un comportamiento completamente voluntario es compatible con el mantenimiento de los derechos y de las garantías procesales reconocidos constitucional y legalmente.

5.4. OFICIALIDAD.

Si bien se ha discutido por la doctrina sobre la conveniencia o no de integrar el procedimiento de mediación en la Administración de Justicia, lo cierto es que finalmente se muestra prácticamente unánime en pronunciarse en sentido positivo por cuanto, entre otras razones, el procedimiento de mediación adquirirá, así, la legitimidad necesaria para su actuación y, además, su funcionamiento se verá favorecido por el apoyo del servicio público de Justicia¹⁰⁴⁰.

En consecuencia, como expone Pascual Rodríguez, el procedimiento de mediación se trata de un “método” oficial que “se desprende del propio proceso penal para, más tarde, tras su desarrollo, retornar y engarzarse definitivamente en el mismo”¹⁰⁴¹, puesto que el alcance de lo acontecido en la mediación, si se llega a buen término, integra la respuesta judicial en el proceso penal.

¹⁰³⁷ La prueba en el acto del juicio oral no viene constituida por el contenido del acta sino por la ratificación que los implicados efectúen respecto a ella en el juicio oral. Con ello, no solo se protege el derecho a la presunción de inocencia del acusado, sino también para la víctima el derecho a decidir si quiere o no ser escuchada y a limitar o no el contenido de lo que quiere declarar.

¹⁰³⁸ Así se recoge también el *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006, págs. 34 y 101, en el que se establece que las discusiones no deben ser reveladas posteriormente, excepto por acuerdo de las partes o por requerimiento de alguna ley nacional” (párr. 14).

¹⁰³⁹ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág. 174.

¹⁰⁴⁰ En términos similares, vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El Reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad*”, Diario La Ley, n° 6520, 6 de Julio de 2.006, pág. 11.

¹⁰⁴¹ Cfr. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág. 175.

Como también expone esta autora, la oficialidad está íntimamente relacionada con el carácter público del derecho penal. Y ello permite enfrentar la crítica que se formula contra la mediación por la supuesta privatización del derecho penal¹⁰⁴².

De esta forma, la mediación penal se desarrolla en el seno del proceso y en ningún caso supone la renuncia del Estado a la intervención penal.

A nivel supranacional, las Naciones Unidas han reconocido también que la oficialidad ha de caracterizar a la mediación. Así, bajo el término de “Supervisión judicial” establece que “Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales o juicios” (párr. 15). Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial...”¹⁰⁴³.

En virtud de la oficialidad, le corresponde al Fiscal o al Juez, de oficio o a iniciativa del Ministerio Fiscal, o del abogado defensor o de cualquiera de las partes implicadas en el proceso (víctima o infractor) la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Íbidem, pág. 175.

¹⁰⁴³ Cfr. *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas...* ob.cit. pág.34.

¹⁰⁴⁴ No obstante, no existe acuerdo en la doctrina respecto a si es sólo el juez, o solo el fiscal, o ambos, los que están legitimados para remitir el caso a mediación, y otros opinan que le corresponde al Secretario Judicial con fundamento en el art.456-3-c) de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial, según el cual “*Los secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencias en las siguientes materias...c) Conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia...*”. A título de ejemplo, defensora de la primera opción se muestra la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia, que en el *Protocolo Penal* de Junio de 2008, (disponible en www.forojusticia.cgae.es) concluyó que le corresponde al Juez, previo informe no vinculante del Ministerio Fiscal la derivación de los casos al equipo de mediación. También Ríos Martín se decanta por la competencia del Juez para derivar a mediación, vid. RÍOS MARTÍN, Julián, “*Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico*. VVAA, (coord. por SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN)...ob.cit. pág. 14. Fábrega Ruiz y Sáez Valcárcel sostienen que es el juez, con la colaboración del fiscal y de la defensa, el que decide qué casos deriva a mediación. Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico...* ob.cit. pág. 36. La segunda opción es defendida por Del Río Fernández, para quien será el Ministerio Fiscal el cauce más habitual para instar la intervención del servicio de mediación, bien por propia iniciativa, bien a instancia de las víctimas e infractores, o los Letrados que les asistan, si bien, mantiene que será esencial la permanente intervención del órgano jurisdiccional que conozca de la causa, de forma que será aquel quien remita la documentación necesaria para poder llevar a cabo la actividad mediadora. Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El Reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad*”, *Diario La Ley*, nº 6520, 6 de Julio de 2.006, pág. 12. Para Barallat López, ambos, o cualquiera de los dos, están legitimados, por cuanto sostiene que tanto la decisión de remitir un caso criminal a la mediación, como la evaluación de los resultados de ésta deben corresponder en exclusiva a las autoridades de la Justicia Penal. Vid. BARALLAT LÓPEZ, Juan, “*La Mediación en el ámbito penal*” en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013, pág. 15. Por último, por la competencia del secretario judicial optan los propios Secretarios Judiciales, como así lo pusieron de manifiesto en el Encuentro de Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia de España celebrado los días 13 y 14 de noviembre de 2013 en Ceuta. Vid. “*Documento de Conclusiones Generales*”. Edit. Ministerio de Justicia. Por su parte, el Anteproyecto de LECr. de 2011, elaborado bajo el gobierno del PSOE, distingue entre la fase de investigación, en la que dispone que el Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación (art.158) o al recibir la denuncia o atestado, acordándolo mediante Decreto

Por otro lado, la mediación penal conlleva una serie de riesgos, por lo que resulta necesario establecer un sistema de control eficaz y adecuado¹⁰⁴⁵.

Aunque no existe unanimidad acerca de qué órgano debe ejercer este control, lo cierto es que todas las opiniones se muestran partidarias de que el control sea externo al proceso de mediación y se ejerza por una autoridad judicial.

Hay autores que sostienen que debe ser el juez (de instrucción o de enjuiciamiento, según la fase en la que se realice la mediación) el que efectúe el control de la mediación¹⁰⁴⁶, mientras que otro sector de la doctrina se decanta por la figura del Ministerio Fiscal como órgano de control del proceso de mediación¹⁰⁴⁷.

En realidad, el Juez, el Fiscal, el Abogado y el Mediador, o equipo mediador, son los responsables y garantes, en sus diferentes ámbitos competenciales, de velar por el buen funcionamiento y desarrollo del proceso de mediación, de asegurar el respeto a los derechos de los mediados y el cumplimiento de los principios que caracterizan el procedimiento de mediación, de evitar los peligros y proteger frente a los excesos y abusos¹⁰⁴⁸.

El hecho de que sean los órganos judiciales los que se encarguen del control del proceso de mediación contribuye también a dar carácter oficial a la mediación penal.

Sin embargo, es preciso aclarar que la oficialidad de la mediación penal no impide la independencia de la actuación de los equipos de mediación; éstos no tienen ninguna relación de dependencia orgánica ni funcional con el órgano judicial o Ministerio Fiscal.

(art.460-2º); o, iniciado el procedimiento por delito privado, el Juez de Garantías, previa solicitud de las partes (art. 701); y la fase de juicio oral, en la que será el tribunal de enjuiciamiento quien podrá someter el proceso a mediación cuando todas las partes lo soliciten (arts.160 y 557). Mientras que el Proyecto de 2013, presentado por el Gobierno del PP, establece que será el Ministerio Fiscal quien lo comunique a la víctima cuando no considere la mediación inadecuada en razón a la naturaleza del hecho (art. 144-2º).

¹⁰⁴⁵ Vid. Conclusiones del Seminario “*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”. Colección Conclusiones de Seminarios, Vol 9-2007.

¹⁰⁴⁶ Esta es la solución adoptada en el *Protocolo de actuación en la mediación penal de adultos*. En él se dispone que la mediación será acordada por el Juez, previo acuerdo del Ministerio Fiscal. Vid. *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. VVAA, dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C. Estudios de Derecho Judicial. Vol. 136, CGPJ. Madrid 2007. También Fábrega Ruiz y Sáez Valcárcel resaltan el papel destacado que desempeña el juez en la mediación al sostener que es él el que solicita de las partes su colaboración e informa de sus derechos, quien supervisa la calidad y probidad de los mediadores, protege los derechos e intereses de la víctima y del encartado y decide, con respeto al método de la contradicción, cómo se incorpora el acuerdo de reparación al juicio y qué relevancia habrá de tener en la solución del caso. Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SÁEZ VALCÁRCEL, R “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico...*ob.cit. pág. 37.

¹⁰⁴⁷ Vid. HEREDIA PUENTE, Mercedes “*Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el ministerio fiscal*”. Diario La Ley, nº 7257, Sección Doctrina, 7 Octubre 2009, Año XXX, Editorial La Ley, pág. 6.

¹⁰⁴⁸ En términos similares, vid. RÍOS MARTÍN, Julián, “*Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico*. VVAA, (coord. por SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN)...ob.cit. pág. 14.

El proceso de mediación debe desarrollarse en condiciones de gran autonomía, sin que el control pueda interferir produciendo confusión de funciones ni dependencia orgánica¹⁰⁴⁹.

Una de las cuestiones que se plantea es si la oficialidad obliga a celebrar las sesiones de mediación en el interior de las sedes judiciales o si, por el contrario, pueden realizarse en lugares independientes y ajenos a los edificios judiciales.

Aún cuando surgen opiniones contrarias¹⁰⁵⁰, lo cierto es que, según los estudios llevados a cabo, se concluye que es conveniente que la mediación penal se lleve a cabo en sede judicial, puesto que este dato supone una mayor garantía para la víctima mientras que al infractor le aporta seriedad, y, por otro lado, a los letrados defensores y las acusaciones particulares les proporciona seguridad y confianza, al tener la certeza de que se trata, en todo caso, de un proceso flexible, pero reglado, que cuenta con el apoyo de todas las instituciones jurídicas que participan en el proceso penal, a saber, fiscal, juez y secretario¹⁰⁵¹.

Mediante este requisito, se protege nuevamente el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de la víctima a ser oída, a la vez que se proporciona seguridad a las partes.

5.5. FLEXIBILIDAD.

Este principio¹⁰⁵² resulta de suma importancia puesto que conlleva que la mediación se aparte de un contexto judicial poblado de excesivas formalidades, burocratización, presiones, etc, que provocan una impresión negativa de la Justicia a los participantes del proceso. En consecuencia, la mediación brinda un ámbito más íntimo, particular, informal, de mayor entendimiento entre las partes, lo que terminará por crear un contexto de mayor comodidad o menos traumático¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ Entre otros, cfr. HEREDIA PUENTE, Mercedes “*Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el ministerio fiscal*”. Diario La Ley, n° 7257, Sección Doctrina, 7 Octubre 2009, Año XXX, Editorial La Ley, pág. 6.

¹⁰⁵⁰ A título ejemplo, Heredia Puente se muestra partidaria de que la mediación y el proceso judicial se desarrollen en espacios físicos distintos con el fin de salvaguardar la total independencia y autonomía de ambas instituciones. Vid. HEREDIA PUENTE, Mercedes, “*Perspectivas de futuro en la mediación penal*...op.cit. pág. 6.

¹⁰⁵¹ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas*...ob.cit. pág. 176.

¹⁰⁵² Al que Hidalgo Huerta denomina “Principio de Flexibilidad de las Estructuras”. Cfr. HIDALGO HUERTA, Juan José, “*Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa*...ob.cit. pág. 353.

¹⁰⁵³ Vid. PÉREZ DE MATEIS, Laura S. y ORTIZ ALMONACID, Juan Luciano, “*Mediación Penal: una solución alternativa*”. Ponencia presentada en el *III Encuentro de las Américas para la Resolución de Conflictos* celebrado en Viña del Mar, Chile. 22 y 24 de Septiembre de 2004. Disponible en www.amja.org.ar, págs. 7-8.

Como afirma Barona Vilar¹⁰⁵⁴, la flexibilidad, la agilidad y la corta duración deben ser los pilares fundamentales sobre los que se desarrolla el proceso, o mejor, el procedimiento de mediación¹⁰⁵⁵.

Sin embargo, la flexibilidad y el antiformalismo de la mediación no es óbice, tal como afirma Martín Diz¹⁰⁵⁶, para que se trate de una institución que necesita de un marco legal que permita su utilización y que determine sus principios básicos, la configuración del mediador, la determinación de las condiciones procedimentales mínimas de su empleo, o el valor y efectos jurídicos del acuerdo de mediación, entre otras importantes cuestiones que atañen a esta figura.

Debe ser flexible e informal en varios aspectos: en las entrevistas individuales, en el encuentro dialogado, en la propia resolución del conflicto; en definitiva, a lo largo del desarrollo del procedimiento; no en vano, la mediación penal es donde más claramente se aprecia el fenómeno de la flexibilidad de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos (ADR)¹⁰⁵⁷:

1.- En cuanto a los acuerdos a los que pueden llegar las partes, éstas podrán alcanzar cualquier tipo de acuerdo relativo a la forma de resarcimiento o reparación (ya sea material, simbólica, etc.), siempre que sea respetuosa con la dignidad de la persona y guarde cierta proporción con el daño producido.

Se parte desde la capacidad de la persona infractora para reparar y la necesidad de la víctima para ser reparada, y se busca el mejor acuerdo¹⁰⁵⁸.

La víctima representará por sí misma sus propios intereses en el conflicto, será parte real en el mismo, será oída, será resarcida conforme a sus necesidades, obtendrá un

¹⁰⁵⁴ Vid. BARONA VILAR, Silvia. “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, En especial, la Mediación”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN, Coquimbo, vol.18 - nº 1, 2011, pág. 210. En el mismo sentido se pronuncia, entre otros, Aguilera Morales para quien la flexibilidad o informalidad debe presidir la mediación penal, al objeto de que el eventual acuerdo entre las partes no sólo se logre, sino que también se alcance con rapidez. Vid. AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, REDUR 9, diciembre 2011, pág. 132.

¹⁰⁵⁵ Tal vez sea preciso aclarar aquí, ya, que no todos los autores se muestran partidarios de usar esta terminología de “proceso” para referirse a la tramitación de la mediación. Así, Ordeñana Gezuraga, asegura que le “irrita” que se hable de “proceso de mediación penal” y se decanta tajantemente, como jurisdiccionalista, por el término “procedimiento”, por cuanto el proceso únicamente puede tener lugar ante los tribunales, ante la autoridad judicial, y, por tanto a la tramitación de este mecanismo extrajurisdiccional se le debe denominar procedimiento. Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “Mediación Penal: una alternativa que funciona”...ob.cit. pág. 1945.

¹⁰⁵⁶ Vid. MARTÍN DIZ, Fernando, “Retos de la mediación como complemento al proceso ob.cit. pág.135.

¹⁰⁵⁷ Así se puso de manifiesto en el *Simposio sobre Tribunales y mediación* celebrado en Barcelona en fecha 18 y 19 de Junio de 2009. Vid. *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*. (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009. Disponible en www.huygens.es/ebooks, pág. 216.

¹⁰⁵⁸ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág 182.

trato respetuoso con su dignidad, y una respuesta de la Administración de Justicia adecuada a sus intereses y en un plazo razonable. Verá satisfecho, igualmente, su derecho a un proceso sin dilaciones.

2.-En cuanto al lugar, si bien en las distintas experiencias llevadas a cabo, la mediación penal se ha celebrado en sede judicial, por la conveniencia que supone, como ya se comentó, lo cierto es que no existe obligatoriedad de ello, por lo que se puede llevar a cabo en otro lugar.

3.- Por lo que se refiere a la duración, no se deben establecer plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso, aunque, lógicamente, habrán de tener un tiempo máximo razonable de duración¹⁰⁵⁹.

No obstante, se considera necesario establecer plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, así como obligaciones del mediador para que informe periódicamente de su evolución¹⁰⁶⁰.

La razón de esta flexibilidad es favorecer que no solo se alcance un acuerdo reparatorio sino que, además, éste sea satisfactorio para las partes, y para ello se necesita tiempo suficiente para que aquéllas puedan reflexionar sobre las posibilidades de solución de sus conflictos.

Pero no debe olvidarse que también el proceso penal requiere de tiempo para su desarrollo y buen fin.

Como recuerda Subijana Zunzunegui¹⁰⁶¹, es necesario que cada proceso disponga del tiempo necesario para obtener un conocimiento de lo ocurrido y una comprensión de lo acontecido, premisas indispensables para una decisión fundada en buen derecho.

Sería, en definitiva, *hacer justicia* aplicando el cantar que Antonio Machado incluye en su libro “Nuevas canciones” con el n.º XXIV, y que dice: “Despacito y buena letra: / El hacer las cosas bien / importa más que el hacerlas”¹⁰⁶².

Se trata de lograr, en palabras de Subijana Zunzunegui¹⁰⁶³, “*la justicia, en definitiva, que atendiendo al cuánto es consciente de que su valor está en el cómo*”.

¹⁰⁵⁹ El Anteproyecto de 2011, en el art.158-2º, fijaba un plazo máximo para su desarrollo de tres meses. En cambio, el Proyecto de LECr. de 2013, remitiendo -(art.144-1º)- a la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, dispone que será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones (art. 20).

¹⁰⁶⁰ Entre otros, *vid.* RIOS MARTÍN, Julián, “*Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico*. VVAA, (coord. por SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN)...ob.cit. pág. 15.

¹⁰⁶¹ *Vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, pág. 153.

¹⁰⁶² Frase que, por cierto, Caballero Bonald comentaba, nunca debe olvidar el juez responsable.

¹⁰⁶³ Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad*...ob.cit. pág. 153.

Y, como el mismo autor reconoce, a esta concepción responde la justicia restaurativa, al promover modelos de respuesta que priorizan las necesidades de las personas que postulan de cada uno de sus jueces y tribunales la tutela efectiva de sus derechos.

Es conveniente aclarar que el principio de flexibilidad no está reñido con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a obtener una resolución en un plazo razonable.

El tiempo que se emplea en su desarrollo (aproximadamente, uno o dos meses) no es excesivo, más aún si se tiene en cuenta que, de finalizar con éxito, repercutirá positivamente en la resolución definitiva del conflicto, puesto que acelera su final evitando recursos y facilitando la ejecución de la sentencia¹⁰⁶⁴.

Por ello, el principio de flexibilidad está estrechamente unido al principio de economía procesal, formando parte del mismo.

Mediante la economía procesal se persigue la confianza a través de la sencillez y libertad en la fijación del *iter*. En esencia, el principio contempla la necesidad de que los procesos se desarrollen de una manera comprensible, eficiente y rápida¹⁰⁶⁵.

El procedimiento de mediación, si finaliza con éxito, cumple con mayor rigor que el proceso penal con el principio de economía procesal en sus distintas expresiones: eficiencia, eficacia, celeridad, economía.

5.6. BILATERALIDAD.

En el procedimiento de mediación ambas partes intervinientes (víctima e infractor) se sitúan en el mismo plano; tienen las mismas oportunidades para pronunciarse y expresar sus pretensiones (no hay necesidad de pruebas), sin limitaciones temporales ni de otro tipo excepto las que haya de establecer el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.

En virtud de este principio, el encuentro entre los mediados ha de estar presidido por un ambiente de respeto y diálogo. No mantienen entre sí una posición adversarial sino

¹⁰⁶⁴ Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ R. “La víctima y la mediación penal” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 52. En el mismo sentido, vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág. 181-182.

¹⁰⁶⁵ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico: derecho comparado”, en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 148.

que, desde sus distintas posiciones e intereses, dirigen sus esfuerzos al logro de un común acuerdo, en consideración a las circunstancias de cada una de las partes.

Para ello es necesario que exista equilibrio entre víctima e infractor.

Con el fin de garantizar esa posición de equilibrio, la atención a las partes es, en todo momento, personalizada. Durante el desarrollo de la mediación, es el mediador quien velará por la existencia de igualdad de condiciones para los mediados¹⁰⁶⁶, asumiendo, así, la importante tarea de gestión del poder de las partes, con el fin de reequilibrar situaciones asimétricas.

Su contribución al mantenimiento y defensa de los derechos de las víctimas resulta evidente desde el momento en que el proceso, en virtud de la bilateralidad, se desarrolla en un espacio de diálogo y respeto, teniendo en consideración siempre las opiniones, sentimientos, circunstancias e intereses de la víctima, en una posición de igualdad con el infractor.

La bilateralidad, por tanto, está especialmente ligada al principio de equidad o igualdad de armas, puesto que la bilateralidad requiere del equilibrio entre las partes.

5.7. PRINCIPIO DE EQUIDAD O IGUALDAD DE ARMAS.

Principio por el cual deben de otorgarse a cada una de las partes las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, así como asegurar que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos.

La importancia del principio de equidad como rector del procedimiento de mediación es destacada por la doctrina¹⁰⁶⁷.

La mediación, como señala Martín Diz¹⁰⁶⁸, estaría viciada de origen, al igual que ante la falta de libertad en su elección, si una de las partes ostenta una posición de superioridad o autoridad sobre la otra.

Los sujetos que intervienen deben tener garantizada la plena igualdad de oportunidades a lo largo del procedimiento, para que puedan mantener el equilibrio entre sus posiciones y el debido respeto a sus puntos de vista, etc... Por ello, el mediador no

¹⁰⁶⁶ *Protocolo Penal* de Junio de 2008, elaborado por la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia (disponible en forojusticia.cgae.es).

¹⁰⁶⁷ A título de ejemplo, *vid.* VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico: derecho comparado”, en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 162; ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Sistemas alternativos a la resolución...ob.cit. pág. 69.

¹⁰⁶⁸ *Vid.* MARTÍN DIZ, Fernando “Claves para el éxito de la mediación...ob.cit. pág. 3.

puede realizar actuación que genere perjuicio para alguno de las partes, ni posicionarse a favor de una de ellas, afectando, en consecuencia, el interés de las mismas¹⁰⁶⁹.

En virtud de este principio, se deberán valorar por los órganos de control de la mediación (Fiscal, Juez, Mediador) la simetría de las relaciones entre las partes y los objetivos que se pretenden en orden a la conciliación víctima-acusado, como forma de resolución del conflicto delictivo. Conviene subrayar, como indica Vilalta Nicuesa¹⁰⁷⁰, que el contenido del principio de equidad es diferente al principio de debate contradictorio, propio de los métodos evaluativos y decisorios. De ahí su estrecha relación con el principio de bilateralidad.

De esta forma, las disparidades de partida entre las partes, susceptibles de producir desequilibrios, así como las diferencias culturales, han de ser tomadas en consideración tanto en la decisión de derivación del conflicto hacia el proceso de mediación como en la forma de dirigir los mediadores dicho proceso.

Hay que distinguir, como pone de manifiesto Cervelló Donderis¹⁰⁷¹, dos manifestaciones de este principio de equidad: la igualdad entre las partes y la igualdad entre los acuerdos tomados por partes diferentes.

En el primer sentido, los órganos de control de la mediación y, en concreto, durante el proceso, el mediador, deben garantizar el equilibrio entre ambas partes, analizando cada caso en particular¹⁰⁷². En el segundo aspecto, como señala la autora, sin ninguna duda se darán soluciones distintas por delitos iguales o similares en función de la disposición de las partes (víctimas reticentes, agresores insolventes...), o incluso acuerdos en delitos graves y no en delitos menos graves, pero es que además dependerá de la decisión judicial su reflejo en la sanción y de los distintos protocolos existentes en los servicios de mediación, todo ello es consecuencia del protagonismo que toman las partes en el acuerdo y del reflejo de la escasa rigidez de la igualdad.

5.8. NEUTRALIDAD.

¹⁰⁶⁹ En este mismo sentido, BARONA VILAR, Silvia. “*Las ADR en la Justicia del siglo XXI...*ob.cit. pág. 208-209.

¹⁰⁷⁰ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “*Capítulo 2. El marco jurídico...*ob.cit. pág.148.

¹⁰⁷¹ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “*Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, nº 4, 2012, pág. 39.

¹⁰⁷² Considera la autora que se debe analizar cada delito en particular y crítica por ello la L.O. 1/2004 con la violencia de género, que lo hace por grupo de delitos y que, sin valorar la disposición o no de las partes al dialogo, parece presumir la superioridad de una de ellas sobre la otra para negar en cualquier caso la posibilidad de acuerdos.

Este principio, junto al de imparcialidad, forma parte de la búsqueda activa de un equilibrio real entre las partes durante el proceso, para que ninguna de ellas pueda mantener una posición de superioridad y de fuerza., es decir, contribuyen a la consecución del principio de igualdad entre las partes.

El principio de neutralidad consiste, básicamente, en que el mediador no puede sugerir, proponer o imponer soluciones. Por tanto, la actuación del mediador está dirigida a facilitar que las partes en conflicto alcancen por sí mismas un acuerdo de mediación, sin interferencia alguna por parte de aquél.

En consecuencia, el mediador ha de mantener una distancia suficiente de los intereses de las partes, puesto que si beneficia a una de ellas, se estaría ante una forma de asesoramiento¹⁰⁷³.

Esta exigencia viene, pues, referida a la figura del mediador y se predica respecto a la solución o al acuerdo; está integrada habitualmente de manera implícita, como requisito que debe reunir el mediador al que se designa en ocasiones con el término de “tercero neutral”¹⁰⁷⁴.

La importancia de este principio deviene de que, tal como destaca Pascual Rodríguez, “la actitud neutral del mediador le legitima y le dota de prestigio y crédito suficientes ante las partes para dirigir el proceso, intervenir en su despliegue para corregir las eventuales inestabilidades e inseguridades, supervisar su desarrollo, y realizar su tarea mediadora”¹⁰⁷⁵.

5.9. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

El principio de imparcialidad, vinculado al anterior, contribuye, como aquél, a la búsqueda del equilibrio entre las partes y afecta, igualmente, a la persona del mediador.

La credibilidad y la integridad del proceso dependen de la neutralidad y la imparcialidad del órgano extrajudicial. Por ello es considerado un elemento esencial para la consecución y mantenimiento de la confianza¹⁰⁷⁶.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados hacen mención explícita a la imparcialidad como principio o garantía de la mediación.

¹⁰⁷³ Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “La mediación reparadora...pág.32.

¹⁰⁷⁴ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico: derecho comparado”, en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 148.

¹⁰⁷⁵ Cfr. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...*ob.cit. pág. 180.

¹⁰⁷⁶ Vid. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico...”ob.cit. pág. 148.

El principio básico del equilibrio entre partes exige la imparcialidad del mediador en sus relaciones con las partes, de manera que, no solo no puede tener con ellas relación personal anterior o durante el tiempo que dure el proceso de mediación más que la precisa para la celebración de las sesiones, sino que también debe mantener una posición de equilibrio y de equidistancia respecto de las partes¹⁰⁷⁷.

Tiene como premisa no actuar con favoritismos o prejuicios personales respecto de alguno de los participantes, por razón de sus características, orígenes, valores, creencias o cualquier otra razón, e implica, asimismo, no aceptar favores o regalos que procedan de cualquiera de ellas.

El mediador no sólo ha de actuar con imparcialidad sino que, además, debe demostrarlo a los mediados¹⁰⁷⁸.

Por ello, la imparcialidad impone una serie de obligaciones al mediador.

Por un lado, si no concurre esta circunstancia en la persona del mediador, es decir, si tiene alguna relación con los sujetos o el objeto de la mediación, éste está obligado a no iniciar, o, si deviene con posterioridad, a abandonar el proceso de mediación¹⁰⁷⁹.

Por otro, el mediador ha de observar determinadas pautas de comportamiento cuando se dirige a cada una de las partes: no dedicar más tiempo a una que a otra durante las entrevistas individuales, guardar la misma distancia física respecto a ellas durante la mediación, idéntico trato a ambas, etc.

En definitiva, los mediadores no deben posicionarse por una de las partes ni favorecer a una respecto de la otra; su labor se consiste en ayudar, propiciando la

¹⁰⁷⁷ Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas...* ob.cit. pág. 180, citando a GUILLERMO PORTELA: “Características de la mediación” en *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 220.

¹⁰⁷⁸ La obligación por parte del mediador de esforzarse en demostrar su imparcialidad viene recogida también en el ya citado *Código de Conducta Europeo para los Mediadores*.

¹⁰⁷⁹ Así se establece en las distintas leyes reguladoras de la Mediación que hasta el momento se han publicado. Entre ellas, en España, a título de ejemplo, la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* que en el artículo 13-4 dispone “El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad” y en el párrafo 5: “Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”.

comunicación, desde una posición de estricta imparcialidad, a que víctima e infractor alcancen un acuerdo con el que poner solución al conflicto generado entre ellas¹⁰⁸⁰.

5.10. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.

Imparcialidad e independencia suelen ir asociadas. Ambas características se refieren a la persona del mediador y contribuyen a evitar los eventuales conflictos de intereses entre mediador y partes, durante la mediación.

De hecho, el *Código de Conducta Europeo para mediadores*, no describe legalmente el contenido de ambos términos ni los deslinda, si no que se limita a disponer que “el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total independencia con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente”.

Sin embargo, como aclara Vilalta Nicuesa¹⁰⁸¹, no resultan del todo intercambiables.

La independencia abarca un ámbito más amplio que la imparcialidad, puesto que ha de verificarse no solo respecto de los mediados sino también respecto de las autoridades y agentes que intervienen en la persecución del hecho delictivo sometido a mediación y en el proceso penal (policía, fiscal, juez, abogado, etc).

La mediación, en su concepción intrajudicial, debe guardar, en palabras de Aguilera Morales, “cierto grado de autonomía dentro del sistema de Justicia tradicional, lo que hace pensar en ella como un servicio institucional de la Administración de Justicia pero independiente del Poder Judicial”¹⁰⁸².

El mediador, no obstante la naturaleza autocompositiva de la mediación, adquiere protagonismo en el proceso de mediación, en el que interviene en posición de igualdad con los mediados, sin vinculación a ninguno de ellos, con el fin de fomentar la confianza de éstos en él y, de esta forma, conseguir un espacio libre para el diálogo sincero.

Precisamente, como recuerda Sáez Valcárcel, “las facultades del mediador devienen de la confianza que en él depositan el autor y la víctima. Su fuerza creadora procede de la falta de poder, debilidad que se convierte en una garantía de la mediación,

¹⁰⁸⁰ En este mismo sentido, *vid.* BARONA VILAR, Silvia. “Las ADR en la Justicia del siglo XXI...ob.cit. pág. 209, AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, REDUR 9, diciembre 2011, pág. 131, y DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “El Reto de la Mediación Penal...ob.cit. pág.11, entre otros.

¹⁰⁸¹ Cfr. VILALTA NICUESA, Aura Esther, “Capítulo 2. El marco jurídico...ob.cit. pág. 148.

¹⁰⁸² Cfr. AGUILERA MORALES, M., “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, REDUR 9, diciembre 2011, pág. 131.

ya que ello induce su posición activa, constructiva y le convierte en el garante ético de que se establece una comunicación efectiva”¹⁰⁸³.

Se establece, así, una relación tripartita en el proceso de mediación, al contrario del proceso penal en el que, como ya vimos, la relación queda establecida como bipartita.

Por ello, el mediador ha de ser independiente. No tiene, como ya se indicó, ninguna relación de dependencia orgánica ni funcional con el órgano judicial o Ministerio Fiscal. Actúa con autonomía y responsabilidad, de forma que puede o no iniciar la mediación o, en su caso, concluirla, si considera que concurren circunstancias que así lo determinen, así como dirigirla conforme a las técnicas de la mediación, sus conocimientos y habilidades.

Su actuación está dirigida al logro de un acuerdo satisfactorio para los mediados, de obtener una solución pacífica del conflicto en la que no haya perdedores, si no que todos se perciban ganadores.

En consecuencia, y en virtud del principio de independencia, el mediador, como señala Sáez Valcárcel¹⁰⁸⁴, no está al servicio de los fines del proceso penal ni se halla vinculado al compromiso de la búsqueda de la verdad¹⁰⁸⁵, según el método de la contradicción, ni del resto de requerimientos de la persecución penal.

Por último, siguiendo con Sáez Valcárcel, hay que destacar la importancia de la independencia del mediador por cuanto le imprime “una nota de ausencia de poder institucional”¹⁰⁸⁶, lo que incrementa la confianza de los mediados, especialmente del infractor, en él.

5.11. CONCLUSIÓN.

Como puede apreciarse, a través de la aplicación y el cumplimiento de los principios de la mediación penal, quedan garantizados el respeto y cumplimiento de los

¹⁰⁸³ Sáez Valcárcel, R., citando a Michele Guillaume-Hofnung, *La Médiation*. Cfr. SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, “*La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*”, Ponencia del Curso de Alternativas a la judicialización de los conflictos. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial, 2006 nº 111, págs. 32-33.

¹⁰⁸⁴ Vid. SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, “*La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión...ob.cit.*, pág. 32.

¹⁰⁸⁵ Lo que, como dice el autor, no debe entenderse como que le es indiferente la verdad.

¹⁰⁸⁶ Cfr. SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, “*La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión...ob.cit.* pág. 32. En iguales términos se pronuncian Sáez Rodríguez y Fábrega Ruiz. Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal “*II. Los actores del proceso de mediación, el papel del juez, del fiscal y del abogado; el secretario judicial en el marco de la nueva oficina judicial. Especial atención a la figura del mediador*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA, (coord. por SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 27.

principios constitucionales, se satisfacen los derechos de las víctimas (y los del infractor) y se protegen sus derechos y garantías procesales.

Las experiencias prácticas de mediación penal llevadas a cabo, mediante el desarrollo de los distintos proyectos que se pusieron en marcha, y los diversos estudios que se han hecho de ella, ponen de manifiesto que la mediación penal no sólo no repercute negativamente sobre los derechos y garantías sustantivas y procesales de las partes sino que los refuerza; su impacto jurídico les resulta beneficioso a ambas¹⁰⁸⁷.

En similares términos, se reconoce también en el Preámbulo III del Anteproyecto de la L.O. de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal que la mediación produce un efecto favorable en la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano, al que obviamente beneficia.

Estos principios que rigen el proceso de mediación penal tienen una repercusión directa en los derechos procesales y penales de la víctima puesto que, al tener la mediación penal carácter voluntario y ser la víctima debidamente informada en todo momento de sus consecuencias, ésta ve satisfechos buena parte de sus derechos procesales. En concreto:

-El derecho a la tutela efectiva, puesto que la víctima encuentra rápido y efectivo amparo a sus pretensiones y derechos mediante la participación en un proceso de mediación penal sujeto a los principios y garantías que lo caracterizan.

-El derecho de acceso a la justicia. La víctima dispone de una vía más adecuada y menos traumática que el proceso penal para satisfacer su demanda legítima de justicia, alcanzando una solución más participativa a su conflicto. Téngase en cuenta que, cada día más, la mediación penal es considerada como un instrumento efectivo para aumentar el acceso, la participación y la satisfacción en la forma en que se resuelven las disputas jurídicas¹⁰⁸⁸.

-El derecho a ser efectivamente informada, ya que sin auténtica información no hay consentimiento libre y voluntario, y sin éste no hay mediación. Queda suficiente protegido mediante la obligación que compete al mediador, con carácter previo al inicio de la mediación y durante el desarrollo de la misma, de informar a las partes. También está cubierto por los mismos letrados de las partes, si los hubiere.

-El derecho a obtener protección y seguridad, puesto que sin estos presupuestos no puede haber participación voluntaria. Todos los intervinientes en el procedimiento de

¹⁰⁸⁷ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*Mediación Penal. Informe de evaluación y situación*” . Edit. Cuadernos Digitales de Formación Vol. 60. CGPJ 2010, pág.49.

¹⁰⁸⁸ Vid. *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*. (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009. Disponible en www.huygens.es/ebooks, pág. 216.

mediación desde el momento de su derivación hasta su finalización, incluida la completa ejecución del acuerdo, (jueces, fiscales, abogados, mediadores, etc), han de velar por el cumplimiento de esta condición.

-Derecho a la defensa y a la asistencia letrada, que habrán de asistirle en los momentos y actos que corresponden, como la previa información, el acto de formalización del acuerdo, etc.

-Derecho a la asistencia gratuita, puesto que la mediación penal ha de ser gratuita para las partes, sin que les suponga gasto o coste alguno de representación, defensa, costas etc.

-El derecho a participar y a ser parte en el proceso que le atañe, y, además, de una forma relevante, puesto que sin la víctima no hay proceso. Además intervendrá con las mismas armas e idénticas posibilidades que el infractor.

-El derecho a representar por sí misma sus propios intereses, sin interferencias¹⁰⁸⁹, y a participar en la resolución de su propio conflicto. Esto implica que será oída y podrá escuchar las “razones” del infractor en un ambiente de diálogo abierto y sincero donde, como expresa Mejías Gómez, “no se ocultan las cartas de las que se disponen. De lo que se trata es de montar un puzzle entre las partes en conflicto, situando todas las piezas boca arriba, sin engaños”¹⁰⁹⁰. Es lo que el autor denomina “Principio de sinceridad”.

-El derecho a recibir respecto de su pretensión una respuesta adecuada y a conocer la verdad, puesto que se crea un espacio de diálogo y respeto en el que intervendrá con el infractor y en plazo razonable. Desaparecen, de esta forma, los efectos de la victimización secundaria propios del proceso penal actual.

-Derecho a la intimidad, puesto que el contenido de las sesiones es secreto y cada parte solo expresará aquello que quiera, no pudiendo ser obligadas a hacer declaraciones en uno u otro sentido.

-Derecho a la dignidad. Se le tendrá en consideración, dándole un trato respetuoso con su dignidad y más humano puesto que se le presta atención y se da relevancia a su opinión.

-Derecho a obtener una reparación integral, lo que incluye el derecho de asistencia integral (reparación material, médica, psicológica, social y cualquiera otra que necesite).

¹⁰⁸⁹ Ya vimos cómo el interés que defiende el Ministerio Fiscal y el interés de la víctima no siempre coinciden.

¹⁰⁹⁰ Cfr. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, pág. 6.

-Derecho a la ejecución voluntaria de lo acordado. El hecho de que el propio infractor haya voluntariamente participado en la búsqueda de una solución al conflicto por él creado, facilita la ejecución, sin necesidad de imposición, por parte del mismo, ya que lo reconocerá como una solución más justa.

-Derecho a la paz, la libertad y la convivencia pacífica. La participación en un proceso de mediación y, en especial, el éxito del mismo, incrementa el sentimiento de seguridad y de consecución de la justicia, por lo que aumenta, también, la confianza del ciudadano en la Administración de Justicia. Todo ello contribuye a restablecer la paz alterada por el delito y, en consecuencia, a crear y/o mantener una convivencia pacífica.

-Derecho a la reconciliación y la relación recíproca entre víctima e infractor. A veces, las víctimas prefieren estos encuentros con el infractor a fin de hallar una respuesta adecuada a sus dudas, a sus necesidades. La Ley no debe privar de esta posibilidad a aquellas víctimas que así lo crean conveniente para su recuperación, psicológica y social. La mediación penal crea ese espacio para ellas.

No obstante la concurrencia de estos principios, antes de poder utilizar una mediación víctima-infractor, se señalan¹⁰⁹¹ tres requisitos básicos que deben ser satisfechos:

-Responsabilidad: el infractor debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito.

-Voluntariedad y disponibilidad: tanto la víctima como el infractor deben estar dispuestos a participar.

-Seguridad: tanto la víctima como el infractor deben considerar si es seguro participar en el proceso.

6. LA MEDIACIÓN PENAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS DEL IMPUTADO.

Ya adelantamos anteriormente que un sector de la doctrina se muestra reacio a la incorporación de la mediación penal como método de resolución de conflictos, aún en su concepción intrajudicial, es decir, como parte del proceso penal, dirigiendo contra esta posibilidad numerosas críticas y objeciones.

¹⁰⁹¹ Vid. *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006, pág. 18.

El motivo alegado con mayor firmeza se fundamenta en la afectación de los derechos fundamentales del infractor durante la mediación, en especial, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, a ser informado de la acusación y a un juez predeterminado, que vemos seguidamente.

6.1. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Durante el desarrollo del encuentro de mediación, si se ha creado el espacio de diálogo y de respeto adecuado, se puede producir un acercamiento entre víctima e infractor, en el que éste, de forma sincera y espontánea, puede hacer manifestaciones sobre su responsabilidad o intervención en los hechos que no deben perjudicarle en el proceso penal.

Mediación y proceso penal se guían por principios y directrices distintas, entre las que no puede haber interferencias, puesto que en el proceso penal el infractor está protegido por la libertad de declaración y la ausencia de deber de colaboración a su propia condena, y, por tanto, no pueden ser tenidas en consideración en el proceso penal aquellas pruebas –en este caso, manifestaciones- que no se hayan desarrollado dentro del proceso penal y, en concreto, durante el juicio oral, y con todas las garantías procesales.

Por ello, una de las cuestiones más frecuentemente planteadas por la doctrina contraria a la inclusión de la mediación en el ámbito del proceso penal es la posibilidad de que con la aceptación del proceso de mediación por parte del infractor, se produzca un reconocimiento prematuro de su responsabilidad que pueda incidir en el proceso penal, infringiendo, así, los derechos propios del acusado reflejados en el art. 24 de la CE, principalmente, el de presunción de inocencia.

En esta línea, Iñiguez Ortega¹⁰⁹² mantiene que la mediación penal contraviene la presunción de inocencia, afectando al sujeto activo del delito, ya que no es sometido a un proceso en el que pueda probar su inocencia, y se somete, cree la autora, no voluntariamente, en algunos casos, a la mediación penal o conciliación por evitar el aspecto psicológico que puede tener la "pena del banquillo"¹⁰⁹³.

¹⁰⁹² Vid. IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003, pág. 515.

¹⁰⁹³ Comparte esta idea Queralt Jiménez, quien afirma que el infractor se ve obligado, en ocasiones, a participar en la mediación para evitar que el proceso penal continúe. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“La mediación en España y perspectivas...ob.cit. pág. 35 y QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “Victimas y garantías: algunos cabos sueltos...ob.cit. pág. 135.*

Similar argumento aduce Pérez Cepeda¹⁰⁹⁴ para quien la mediación penal incide negativamente en una de las conquistas más importantes del Estado de Derecho: el derecho del acusado a la presunción de inocencia, en cuanto que es necesario admitir la culpa antes de poder acceder a la vía extrajudicial. Además, añade, el hecho de que sea imprescindible que la víctima y el delincuente acepten voluntariamente esta vía de solución del conflicto supone un reconocimiento de su culpabilidad en el momento de su detención. Este requisito, desvirtúa una serie de principios procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos, en concreto, entra en conflicto con el principio de presunción de inocencia, ya que de no alcanzar el acuerdo en la mediación, el hecho de que se haya sometido al programa de mediación será apreciado en el proceso penal que se desarrolla posteriormente, como aceptación de responsabilidad.

También Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles¹⁰⁹⁵ comparten la idea de que la presunción de inocencia se ve seriamente afectada ante el procedimiento de mediación por cuanto el infractor ha de asumir su culpabilidad para su puesta en marcha.

Por su parte, Ferreiro Baamonde¹⁰⁹⁶ considera que el hecho de que el concepto de “conflicto” sustituya en la mediación penal a la noción de “delito”, provoca una huida de los principios penales ordinarios, que se mixturán con planteamientos puramente civilísticos, lo que conlleva que la materia delictiva sea tratada de un modo diferente a cómo se realiza en el ámbito jurisdiccional. Ello, entiende el autor, conllevará, también, la desaparición o, cuando menos, flexibilización de los derechos del imputado en el proceso penal. De este modo, se soslayan ciertas garantías como el derecho a no declarar contra sí mismo, o la presunción de inocencia, por cuanto la participación en la conciliación implica cierto reconocimiento de los hechos por parte del autor, en virtud de la necesidad de aproximar realmente a las partes.

García-Rostán¹⁰⁹⁷, apoyando esta posición, estima que la inserción de la mediación en la fase de instrucción del proceso penal resulta cuando menos peligrosa desde el punto de vista de la presunción de inocencia, especialmente, si se decide atribuir la dirección de ésta al Ministerio Fiscal. Por ello, la autora defiende que cualquier solución de mediación,

¹⁰⁹⁴ Cfr. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales...ob. cit. págs. 466 y 472.

¹⁰⁹⁵ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima...*ob. cit. pág. 352.

¹⁰⁹⁶ Vid. FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 474.

¹⁰⁹⁷ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “Víctima y Mediación Penal”. *Anales de Derecho* nº 26-2008, pág. 455. En consonancia con esta postura, la autora entiende que el art. 19 LORPM vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y ello desde dos perspectivas. Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, ob.cit. pág.454.

tenga o no efectos extintivos o modificativos de la responsabilidad penal, ha de ir precedida de un juicio con todas las garantías en el que quede demostrada la responsabilidad penal del acusado, por lo que las actuaciones mediadoras han de quedar reservadas para el proceso penal de ejecución.

No obstante, entiendo que esta posición colisiona, además de con la naturaleza misma de la mediación, con el reconocimiento legal que ya se viene haciendo, no solo a nivel nacional por los distintos Estados que regulan la mediación, sino también desde organismos internacionales, en el sentido de admitir la mediación en todas las fases del proceso¹⁰⁹⁸.

Con el fin de que el procedimiento de mediación respete el principio de presunción de inocencia, los autores plantean diversas soluciones, dependiendo de si estiman o no que la participación en la mediación supone o puede suponer un reconocimiento de los hechos por parte del infractor, aunque sea de forma implícita.

Como ya se señaló, para algunos autores¹⁰⁹⁹ la cuestión es clara: la presunción de inocencia no es más que una manifestación del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva y éste no se vulnera cuando voluntariamente se acepta participar en el proceso de mediación.

Para otros autores¹¹⁰⁰, la colaboración en el proceso mediador del imputado no debe implicar asunción de autoría o de responsabilidad, por lo que no ha de requerirse el reconocimiento de los hechos como presupuesto para derivar el caso a Mediación, ni como contenido del posible acuerdo.

Sin embargo, en la mayor parte de las legislaciones que regulan la mediación penal y, en la práctica comparada, se exige el requisito previo del reconocimiento de los hechos

¹⁰⁹⁸ Entre otras, así se reconoce ya desde la Recomendación R(99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de Septiembre de 1999, en relación con la mediación en asuntos penales.

¹⁰⁹⁹ Esta opinión es compartida, entre otros, por GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007, pág.199; GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*. Universidad de La Rioja. 2005, pág. 373 y 392-398; CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, “*La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*” Revista Jueces para la Democracia, n^o 34, marzo, 1999, pág 80.

¹¹⁰⁰ Entre otros, vid. VVAA, coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción. *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación.*, Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor. Navarra, 2008, págs. 327-328; ALONSO SALGADO, Cristina, “*Una dificultad más en el camino: la eventual afectación de derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*. Revista Criminología y Justicia, n^o 4-2012, pág. 67; y Ordeñana Gezuraga, para quien el recurso a la mediación nunca puede significar el reconocimiento de la comisión de los hechos o la culpabilidad por una de las partes, porque ello supondría la infracción más grave de la presunción de inocencia. Vid. ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “*Mediación Penal: una alternativa...*ob.cit. 1945.

por el autor o, por lo menos, una certeza probatoria manifiesta que indica su responsabilidad en los mismos.

En esta línea, otro sector de la doctrina se muestra partidario de establecer ciertos límites para la admisión o derivación del caso a mediación penal con el fin de preservar el derecho a la presunción de inocencia, al entender que la participación en este procedimiento es ya un indicio de participación en el hecho delictivo en cuestión.

Por esta opción se decantan autores como Sáez Valcárcel y Fábrega Ruiz¹¹⁰¹, quienes afirman que podría bastar como solución el que la mediación se admitiera solo en aquellos supuestos en los que el imputado ha admitido los hechos o no hubiera negado de forma rotunda los cargos; o bien habría que indagar, en esos casos, si existen, además, indicios racionales de criminalidad.

Del Río Fernández¹¹⁰², siguiendo esta postura, considera que el imputado deberá haber admitido, por propia iniciativa, algún tipo de participación en los hechos, si bien la valoración de la reparación y consecuencias jurídicas derivadas de la misma le corresponde efectuarla al juez o tribunal que conozca de la causa. No obstante, comparte la idea de que el reconocimiento de los hechos durante el desarrollo de la actividad mediadora no podrá ser trasladado al proceso penal si aquella finaliza sin acuerdo y, de llegarse a acuerdo, en los exclusivos términos de éste.

También Cervelló Donderis¹¹⁰³ opina que, en general y como un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, en los procesos de mediación se exige el reconocimiento de los hechos o al menos su responsabilidad respecto a los mismos, ya que es un elemento que contribuye a conseguir el equilibrio entre las partes, aunque siempre garantizando que la declaración de culpabilidad obtenida en las sesiones de mediación que finalmente no consigan alcanzar el acuerdo no sean tenidas en cuenta por el Juez en el proceso penal y deben ser protegidas por la obligación de su carácter confidencial.

Otro sector doctrinal¹¹⁰⁴ sostiene que la discusión en torno a la exigencia de confesión como requisito previo para realizar una reparación debe ser interpretada con

¹¹⁰¹ Vid. SAÉZ VALCÁRCEL, Ramón “*La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 2062 -1 Junio 2008, pág. 1765; y FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág.46.

¹¹⁰² Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El Reto de la Mediación Penal...*ob.cit. pág.11.

¹¹⁰³ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “*Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, nº 4, 2012, pág. 39.

¹¹⁰⁴ Vid. PÉREZ SANZBERRO G. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág.178.

cierta flexibilidad, de tal modo que se entienda como suficiente un reconocimiento del hecho en lo esencial o la necesidad de que las pruebas así lo pongan de manifiesto. Es decir, bastaría con la evidencia de una actitud por parte del imputado que suponga asumir una participación en el hecho delictivo, o bien, con la existencia de unos hechos esclarecidos y la disposición del inculpado a intervenir en el proceso de mediación.

El problema puede surgir, desde mi punto de vista, cuando concurren dos circunstancias:

1ª.-Con relación al momento en el que se celebra la mediación. Solo cuando se produce la mediación antes del juicio y, sobre todo, de la sentencia, puesto que mientras no se celebre aquél y se dicte ésta, ha de prevalecer la presunción de inocencia. Si la mediación se produce una vez recaída sentencia o ya en la fase de ejecución o en la mediación penitenciaria, no ha de plantearse problema alguno.

2ª.- Con relación al acuerdo de mediación. En los casos en los que la mediación se frustra y no se alcanza acuerdo, aunque no se hubieran reconocido expresamente los hechos, podría existir una influencia indirecta y negativa en el juzgador.

Por tanto, si la mediación ha sido exitosa y se ha producido ya con una sentencia, no surgirán problemas. En estos supuestos, la presunción de inocencia no tiene por qué sufrir ni verse afectada negativamente por la mediación.

De todas formas, como ya vimos, el procedimiento de mediación penal respeta el sistema de garantías establecido para proteger los derechos del imputado y, en concreto, el derecho a la presunción de inocencia. Para ello, se establecen unas cautelas que ha de observar el procedimiento de mediación.

Gordillo Santana¹¹⁰⁵ señala una serie de requisitos que debe cumplir el proceso de mediación penal para evitar la infracción del derecho a la presunción de inocencia del inculpado, entre ellos:

-“la necesidad de dejar claro a las partes que en todo momento es posible rechazar el proceso y retirarse de él sin que ello suponga consecuencias gravosas para éstas.

-La oferta debe ir acompañada de información sobre las previsiones legales en cuanto a la respuesta jurídico penal para el hecho delictivo en cuestión, tanto en caso de aceptación como en caso de rechazo, de forma que se garantice una decisión informada sobre las consecuencias de su opción, en el contexto de las posibilidades que ofrezca la ley.

¹¹⁰⁵ Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”. Revista Redur, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, págs. 35-36.

-Debe garantizarse el derecho de defensa, sin ambigüedades. El autor ha de ser informado de sus derechos, inclusive el de poder elegir abogado que le asesore de su decisión, incluyendo el nombramiento de oficio si es necesario y dentro de la mediación”.

Lo cierto es que, a la vista de las distintas posiciones doctrinales, de lo que no hay duda es de que la participación en la mediación no debe ser utilizada como una admisión de la autoría del hecho ni de la culpabilidad en los procesos penales posteriores¹¹⁰⁶.

Tampoco el reconocimiento de los hechos realizado por el mismo infractor en la Mediación¹¹⁰⁷ puede tener el valor de una declaración del imputado –en su consideración de prueba preconstituida¹¹⁰⁸–, sino que exige ratificación en el Juicio Oral, fundamentalmente para comprobar que el hecho reconocido coincide con el hecho objeto de la acusación desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal¹¹⁰⁹.

Hay que tener presente que entre los hechos que se negocian en el encuentro de mediación y el hecho que se discute en el proceso penal puede haber una diferencial sustancial que hace difícil trasladar el contenido de la mediación al proceso penal¹¹¹⁰.

Como dice Ríos Martín¹¹¹¹, el reconocimiento voluntario de la autoría no implica necesariamente acuerdo sobre todos los hechos conforme son literalmente expuestos y relatados en el acta de acusación.

En similares términos se pronuncia Alonso Salgado¹¹¹², al entender, con buen criterio, que en el procedimiento de mediación, si bien la persona puede asumir su responsabilidad en las consecuencias lesivas del hecho, ello no coincide con el reconocimiento de la responsabilidad jurídico-penal, por tanto, el reconocimiento de hechos por parte del victimario no supone asunción de responsabilidad.

¹¹⁰⁶ Así se estipula, además, en la Recomendación R(99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de Septiembre de 1.999, en relación con la mediación en asuntos penales.

¹¹⁰⁷ Téngase en cuenta que solo por voluntad consensuada de los mediados, puede hacerse constar este extremo en el acta, y que las informaciones del acta solo podrían ser utilizadas a efectos probatorios siempre y cuando constara de forma expresa la voluntariedad de las manifestaciones de los mediados y el consentimiento informado de los mismos en cuanto a su trascendencia.

¹¹⁰⁸ Además no reúne los requisitos legales para ser considerada como tal.

¹¹⁰⁹ Vid. GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA., (coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción), Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008, pág. 328.

¹¹¹⁰ En este mismo sentido, vid. SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*”. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia año LXII. nº 2062 -1 de Junio de 2.008, pág. 1766; y FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 50.

¹¹¹¹ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián, “*Mediación: conceptos básicos*” en *Documento ideológico*. VVAA, (coord. por SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN)...ob.cit. pág. 6.

¹¹¹² Vid. ALONSO SALGADO, Cristina, “*Una dificultad más en el camino*...ob.cit. pág. 69.

En definitiva, entiendo que el derecho a la presunción de inocencia queda protegido por las siguientes medidas que se observan en el procedimiento de mediación:

-La previa consulta a las partes, tanto a víctima como a infractor y sus respectivos abogados, sobre el sometimiento de la cuestión a mediación.

-La previa información de las consecuencias de la mediación.

-La asistencia de letrado al infractor, previa a la mediación y en ciertos momentos durante el desarrollo y finalización de la misma.

-La confidencialidad de los debates, que implica, como ya se indicó, la imposibilidad de utilizar como medios de prueba en el proceso penal las manifestaciones de los mediados y los documentos utilizados durante el procedimiento de mediación, y la testifical o pericial del mediador, que queda amparado por el secreto profesional.

Todo el contenido de las entrevistas y diálogos será confidencial sin que pueda aprovecharse para la prueba¹¹¹³.

-El limitado contenido del acta de finalización de la mediación, con o sin acuerdo, que conlleva la prohibición de hacer constar en ésta cualquier referencia a datos o circunstancias, o manifestaciones que hayan efectuado los mediados, si no media su consentimiento expreso.

Así, el acta de acuerdo que redacte el mediador -para quien rige también en este acto el deber de secreto profesional en cuanto al contenido de la mediación- debe evitar una descripción de los hechos a fin de eludir cualquier intento de aprovechamiento probatorio¹¹¹⁴.

¹¹¹³ Así también lo consideran los autores partidarios de la mediación. A título de ejemplo, Mercedes Heredia, para quien debe prohibirse el acceso a la información obtenida en el proceso de mediación por parte de los órganos judiciales y la valoración de la información que proveniente de dicha fuente puedan pretender introducir las acusaciones en el juicio, salvo consentimiento expreso de las partes, en particular de la persona acusada. *Vid.* HEREDIA PUENTE, Mercedes, “*Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*”, Diario La Ley, nº 7257, Sección Doctrina, 7 Octubre 2009, Año XXX, Editorial La Ley, pág. 9; Barallat López, que sostiene que las discusiones y negociaciones durante la mediación han de ser confidenciales, y no deben ser utilizadas fuera de la misma o posteriormente, excepto si ambas partes así lo consienten. *Vid.* BARALLAT LÓPEZ, Juan, “*La Mediación en el ámbito penal*” en *Arbitraje y Mediación:...*ob.cit. pág.16. Sobre la imposibilidad de aprovechamiento de diálogos, datos y pactos habidos durante el procedimiento de mediación para preservar el derecho del imputado a no ser condenado sino a partir de una prueba de contenido incriminatorio producida en el Juicio Oral, se pronuncian también GONZÁLEZ CANO, Isabel/ RÍOS, Julián/ SÁEZ, Concepción/ SÁEZ, Ramón/ ZAPATERO GÓMEZ, Justino, “*La mediación penal y penitenciaria un programa para su regulación*”, en *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. VVAA., (coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción), Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008, pág. 328.

¹¹¹⁴ En este sentido, *vid.* *Protocolo Penal* de Junio de 2008, elaborado por la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia (disponible en forojusticia.cgae.es), pág. 4; SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*”. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia año LXII. nº 2062 -1 de Junio de 2.008, pág. 1766; y FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de

Lo único que debe acceder al proceso judicial es el acta en la que culmina la mediación y el contenido de ésta, claro y conciso, que debe expresar la existencia de acuerdo y la reparación pactada o, en su caso, la existencia o no de acuerdo en el procedimiento mediador, pero no debe consignarse el desencadenante del eventual resultado sin acuerdo, ni si se debe a la voluntad del infractor o de la víctima, y tampoco el reconocimiento explícito de los hechos por parte del infractor¹¹¹⁵ salvo que las partes quieran hacer constar otros extremos, siempre que exista una adecuada información previa sobre la trascendencia procesal de tal actuación.

-La imposibilidad de que Juez o fiscal conozcan el contenido del desarrollo de la mediación.

-La exigibilidad de que las pruebas que pueden ser valoradas por el Juzgador se hayan producido en las sesiones del plenario y que el juez o tribunal haya presenciado. Por tanto, no se podrán valorar pruebas que no hayan sido practicadas en su momento dentro proceso penal, ni podrá utilizarse como dato indiciario la participación voluntaria del imputado en la mediación.

-El mediador es una pieza añadida a la tutela de la presunción de inocencia. Su autonomía es una garantía a estos efectos¹¹¹⁶.

6.2. EL DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA LETRADA.

Estos derechos deben quedar igualmente garantizados, sin ambigüedades.

De la misma forma que el anterior, quedan protegidas también las garantías a un proceso debido y, en concreto, el derecho a la defensa.

El mediado ha de ser informado de sus derechos, incluido el de poder elegir abogado que le asesore de su decisión, así como el nombramiento de oficio si es necesario y dentro de la mediación.

Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 50.

¹¹¹⁵ Así lo estima también, entre otros, Domingo de la Fuente que considera que no es preciso ni aconsejable introducir este dato en el acta de acuerdos y de esta forma no se vulnera el principio de presunción de inocencia ante un eventual desistimiento del infractor de participar en el proceso de mediación penal. *Vid. DOMINGO DE LA FUENTE*, Virginia, “*Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa...*ob.cit. pág.79.

¹¹¹⁶ Así se reconoce en *Protocolo Penal* de Junio de 2008 elaborado por la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia, pág. 4. En el mismo sentido, SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial...*ob.cit., pág. 1766 y FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, págs. 46-47.

En cuanto al derecho de defensa y asistencia letrada, han de establecerse momentos de intervención en los que solo estén presentes las partes y el mediador, sin la presencia de abogados, no solo por la naturaleza misma de la mediación¹¹¹⁷ sino también porque, como afirma Sáez Rodríguez¹¹¹⁸, la intervención excesiva de abogados en el desarrollo del proceso de mediación puede entorpecer el buen fin del mismo, por cuanto puede comportar una excesiva tecnificación del proceso y una reproducción de ritos, roles y prejuicios del proceso penal ordinario.

La doctrina se muestra unánime en el sentido de que el Letrado no debe tener participación directa ni en la derivación del caso a mediación ni en el procedimiento de mediación, sin perjuicio de su consulta, aunque sí debe ser informado de la derivación del caso a mediación, a fin de que pueda, en su caso, asesorar a su cliente y asistir a la firma del acuerdo, sin necesidad de firmar el acta que contenga el acuerdo.

Si bien su papel es trascendente, ya que actúa como salvaguarda para los mediados del cumplimiento de las garantías del proceso mediador, su función se debe desarrollar en el ámbito periférico al escenario del diálogo¹¹¹⁹. Esta consistirá, básicamente, antes de aceptar la invitación para intervenir en la mediación, en el asesoramiento y la información sobre el procedimiento mediador y sus consecuencias, y, concluidas las sesiones, en el momento de formalización del acuerdo, para ayudar a comprender mejor su alcance o ajustar las fórmulas restaurativas a los límites permisibles¹¹²⁰.

6.3. DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN.

El denunciado o perseguido ha de conocer los hechos que se le atribuyen para que pueda defenderse.

Este derecho del proceso penal queda también garantizado en el procedimiento de mediación.

¹¹¹⁷ Dificilmente puede crearse un espacio libre y respetuoso para el diálogo sincero y espontáneo si las partes van acompañadas de sus abogados.

¹¹¹⁸ Vid. SAEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La Mediación en el Proceso Penal : experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid*”. Disponible en: www.poderjudicial.es -Mediación (fecha de consulta: 23-06-10), op cit. pág. 6.

¹¹¹⁹ Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R “*III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial*” en *Documento ideológico...*ob.cit. pág. 49.

¹¹²⁰ Vid. HEREDIA PUENTE, Mercedes, “*Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión...*ob.cit. pág. 9.

La mediación no impide que al ofensor que se le instruya y provea de tal información, ni de que, caso de haberlo, le sea comunicado el escrito de conclusiones provisionales que formaliza el acta de acusación.

Más al contrario, dado que la mediación es un mecanismo de comunicación y diálogo, el denunciado siempre logrará un conocimiento más amplio de lo que se le está reprochando que en el mismo proceso penal en el que se efectúa una mera transmisión rutinaria de derechos y del objeto de la imputación o de la notificación de un escrito realizado por otro¹¹²¹.

6.4. DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO.

Este es otro de los derechos del imputado que los detractores de la mediación consideran que puede verse seriamente afectado por el procedimiento de mediación.

Sin embargo, al igual que con los demás derechos, la mediación es respetuosa con el principio del juez ordinario predeterminado por la ley.

Cuando ya se ha iniciado el proceso penal, el juez que conoce del caso es quien, en cualquiera de sus fases, decide, de oficio o a iniciativa del Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes, los asuntos que se derivan a mediación y, en su caso, la suspensión de la tramitación del procedimiento, y supervisa la legalidad del acuerdo que alcanzaron las partes con el auxilio del mediador, resolviendo, si es necesario, en sentencia¹¹²².

7. VENTAJAS Y RIESGOS DE LA MEDIACIÓN PENAL.

7.1. VENTAJAS.

Como hemos ido constatando, la mediación penal comporta unas importantes ventajas no solo para las partes implicadas de forma directa en el conflicto, sino también para la comunidad en general. Estas han sido puestas de relieve tanto por la doctrina como por los distintos organismos internacionales a través de sus normas.

A grandes rasgos, sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva, entre algunas de estas ventajas se citan:

¹¹²¹ Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “III. Tutela judicial efectiva y mediación intrajudicial” en *Documento ideológico...*ob.cit. pág. 47.

¹¹²² Ibidem pág.45.

1-Desde el punto de vista preventivo, ofrece una perspectiva “notablemente más vigorosa”¹¹²³, dado que, a través del diálogo y la búsqueda conjunta de la solución, se consolida la validez material de la norma penal que protege el bien jurídico afectado por el delito, se repara el daño injusto causado a la víctima y se crea un espacio fértil a la integración social del infractor.

Supone, pues, una mayor eficacia de la prevención especial.

Favorece la resocialización y readaptación del infractor, fomentando su sentido de responsabilidad, y favoreciendo la reinserción, puesto que le implica directamente en la reparación integral del daño originado por el delito, y ello facilita su comprensión y asunción del desvalor de su comportamiento criminal, el dolor provocado y las consecuencias negativas del delito para la víctima¹¹²⁴.

2-Desde el punto de vista personal, la mediación penal, como forma de solución del conflicto pacífica, no confrontativa o adversarial, reporta beneficios para todos los implicados. No hay vencedores ni vencidos.

Este mecanismo se basa en el diálogo y la colaboración mutua entre las partes en conflicto, quienes deben alcanzar, por sí mismos, un acuerdo libre y voluntario que satisfaga a la víctima. Por ello, requiere, de forma imprescindible, la cooperación de las partes.

La mediación potencia, así, la colaboración y el acercamiento. Como consecuencia de ello, tras una mediación las secuelas negativas sean habitualmente escasas y las relaciones entre los mediados (personales, comerciales, familiares, de vecindad, de trabajo), al contrario de lo que suele ocurrir en el proceso judicial, se mantienen en el futuro¹¹²⁵.

Para la sociedad supone también una mayor ventaja puesto que conlleva la disminución de la peligrosidad cuando existe reinserción, y, en consecuencia, permite conseguir la confianza de los ciudadanos en la Justicia.

¹¹²³ En terminología usada por Subijana Zunzunegui. Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”. Revista Eguzkilore nº 26, San Sebastián 2012, pág. 152.

¹¹²⁴ Entre otros, *vid.* BARALLAT LÓPEZ, Juan, “*La Mediación en el ámbito penal*” en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013, pág. 4; BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Victimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010, pág. 247.

¹¹²⁵ En el mismo sentido, MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 136.

3-Se confiere mayor protagonismo a las partes. Se atiende más a los intereses y necesidades de las partes implicadas en el conflicto, dejándose a un lado los formalismos y las actuaciones rígidas e innecesarias.

En el procedimiento de mediación, son las partes las que deciden iniciarlo y participar en él o no, durante las sesiones pueden expresarse sin mas limitación que el respeto a la otra parte, pueden escuchar las explicaciones del otro y lograr, por ellos mismos, un acuerdo satisfactorio para resolver el conflicto.

Por un lado, presta atención especial a las víctimas. Se favorece la reparación.

Proporciona mayor protagonismo a la víctima en la resolución del conflicto, permitiéndole obtener una satisfacción no solo económica o material sino también psicológica, eliminando, así, en gran medida la victimización secundaria que sufre durante el proceso judicial-costoso en tiempo y dinero, y violento en el enfrentamiento con el agresor en la sede judicial y en el acto del juicio-, puesto que le da la oportunidad de evitar éste¹¹²⁶.

Por otro, implica al infractor, dándole “voz y voto”, para que asuma su responsabilidad en el hecho y repare, de forma voluntaria, el daño ocasionado.

4-Desde la perspectiva de la ejecución, existe un alto porcentaje de cumplimiento voluntario de los acuerdos de mediación, que supera el 90%. La participación en la búsqueda de una resolución del conflicto y la voluntariedad en el acuerdo provocan una mayor aceptación de la resolución del conflicto.

El cumplimiento, como señala Mejías Gómez¹¹²⁷, se realizará “por convicción” y no “por coacción”. Ello favorece el cumplimiento voluntario del acuerdo adoptado¹¹²⁸.

5-En cuanto al procedimiento, la mediación penal se caracteriza por su sencillez, rapidez y bajo coste económico¹¹²⁹.

Puede reducir plazos, tiempo y trabajo, por lo que supone un importante instrumento de agilización de un sistema penal atascado, pudiendo los tribunales

¹¹²⁶ Esta es otra de las ventajas que resalta, de forma especial, Barallat López. *Vid.* BARALLAT LÓPEZ, Juan, “*La Mediación en el ámbito penal...*ob.cit. pág. 4. También Barona Vilar, entre otros, alude a esta ventaja, *vid.* BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación...*ob.cit. págs. 247; MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima...*ob.cit. pág. 355.

¹¹²⁷ Cfr. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “*Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos*”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009, págs 25-26.

¹¹²⁸ En este mismo sentido, entre otros, *vid.* MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 137.

¹¹²⁹ *Vid.* MARTÍN DIZ, Fernando “*Claves para el éxito de la mediación...*ob.cit. pág. 4; MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 136; BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación...*ob.cit. págs. 248; MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “*Antecedentes, conceptos...*ob.cit. pág. 26, quien también resalta su bajo coste emocional.

concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de delitos más graves, para los que la mediación no sea posible o conveniente¹¹³⁰.

El hecho de que la mediación penal se considere un medio más barato de resolución de conflictos ha sido utilizado por algunos autores como argumento para explicar su repercusión en los últimos años¹¹³¹. Sin embargo, hay que recordar que la mediación penal no ocasiona necesariamente siempre menor coste -a corto plazo¹¹³²- que el proceso judicial, depende de cada caso concreto¹¹³³. Además este argumento no es ni debe ser el que sostenga la viabilidad de la mediación penal. Ello sería contrario, como ya vimos, a la propia naturaleza de esta figura.

6-Refuerza la idea del derecho penal mínimo¹¹³⁴.

7-Salvaguarda mejor la privacidad de las partes¹¹³⁵.

8-Humaniza la Justicia y la hace más participativa para la ciudadanía. Precisamente una de las mayores críticas que se formulan contra la actual Administración de Justicia es su despersonalización y deshumanización de los ciudadanos cuando se ven inmersos en una causa judicial.

Por el contrario, la mediación penal, al tener en mayor consideración a las personas implicadas en el conflicto, tanto por conferirles un tratamiento personalizado y más digno como por concederles una mayor participación en la resolución de su propio conflicto, contribuye a un sistema de administración de justicia más humano y, por ende, más civilizado¹¹³⁶.

Con relación a esta idea, Sánchez Álvarez¹¹³⁷, recuerda que Folger y Baruch 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; por lo que se van a potenciar dos capacidades, la revalorización y el reconocimiento:

¹¹³⁰ Vid. BARALLAT LÓPEZ, Juan, “La Mediación en el ámbito penal...ob.cit. pág. 4; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “La mediación en España...ob.cit. págs. 16-17.

¹¹³¹ En contra, entre otros, vid. GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa...ob.cit. págs. 143-144.*

¹¹³² Puesto que a largo plazo, y debido a su beneficiosa repercusión en la prevención del delito, siempre resultará más barata.

¹¹³³ Algunos autores la consideran incluso, más costosa. Vid. CAMARA ARROYO, Sergio, “Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América latina”. *Revista Justicia Restaurativa (RJR)* nº 1 -Octubre 2011, pág. 51.

¹¹³⁴ Vid. BARONA VILAR, Silvia, “El presente y el futuro de la mediación...ob.cit. págs. 247.

¹¹³⁵ Vid. MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “Antecedentes, conceptos...ob.cit. pág. 26.

¹¹³⁶ En términos similares, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “Víctima y Mediación Penal”. *Anales de Derecho* nº 26-2008, pág. 452.

¹¹³⁷ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P.: “La mediación penal comunitaria: la experiencia de la Asociación Apoyo en los Juzgados de Madrid”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre 2002. www.uc3m.es/larevistilla, pág.10.

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 se depositan en un juez que toma una decisión ajena a las partes en conflicto, sino que son ellas mismas las protagonistas de su 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.

Deduca el autor que la mediación va a nivelar las asimetrías sociales concurrentes en el infractor, orientándole hacia ese tratamiento que le va a ayudar a responsabilizarle con relación a sus propias conductas.

Se trata, en definitiva, de “una excelente herramienta para la comunicación, la tolerancia y la práctica democrática”¹¹³⁸.

Las Naciones Unidas han puesto de relieve las ventajas que suponen los procesos restaurativos y, por tanto, la mediación penal¹¹³⁹, y que han podido ser detectadas a través de las experiencias y la evaluación llevadas a cabo. Entre ellas destaca:

- Reducen la frecuencia y la severidad de los segundos delitos.
- Muchas víctimas de crimen y delincuentes participaron en un proceso restaurativo si se les da la oportunidad de hacerlo.
- Pueden reducir el desorden de estrés post-traumático entre las víctimas.
- En algunas jurisdicciones, reducen costos de juicios y tiempo de procesos.
- Las tasas de acuerdo y cumplimiento con acuerdos por los delincuentes son muy altas.
- Tanto de víctimas como delincuentes evalúan los procesos restaurativos como más justos y satisfactorios que el sistema de justicia penal convencional.
- Las tasas de satisfacción con procesos restaurativos entre víctimas y delincuentes son muy altas, llegando a alcanzar el 95 por ciento.

En cuanto a las víctimas, en particular:

- Se sienten menos temerosas después de haberse reunido con el delincuente en el contexto de mediación víctima-delincuente que en circunstancias en las que no se les da la oportunidad de hacer esto.

¹¹³⁸ Cfr. DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “*La Mediación Penal juvenil en Cataluña*”. Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil. Departamento de Justicia. Revista Restorative Justice Online. Barcelona 1998, pág.14.

¹¹³⁹ Vid. *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006, pág.86 y sig.

-Proporciona a las víctimas una voz, una oportunidad de reparación de lo material, la oportunidad de recibir una disculpa de parte del delincuente y de recibir información adicional del delincuente sobre el crimen, las razones por las que el delincuente seleccionó a la víctima y cometió el delito y otros detalles que no suelen estar disponibles en el sistema de justicia penal convencional.

En cuanto a los delincuentes:

-Reduce la frecuencia y la severidad de la segunda ofensa.

-Las tasas de cumplimiento de los acuerdos son más altas.

-Contribuyen a la aceptación por parte del delincuente de la responsabilidad por su comportamiento y sus consecuencias.

7.2. RIESGOS.

Pese a las importantes ventajas que conlleva, no podemos obviar que la mediación penal implica también riesgos -algunos de los cuales coinciden con las críticas formuladas frente a esta figura- que se han de tratar de anular o minimizar.

El Juez, el Fiscal, el Abogado y el Mediador son, como ya se refirió, los responsables y garantes, en sus diferentes ámbitos competenciales, de proteger al proceso mediador frente a los riesgos, excesos y abusos que puedan afectarles, de velar por la seguridad de la víctima y por el cumplimiento, durante el desarrollo del proceso de mediación -entendiendo por tal desde su inicio, con la elección del caso para su derivación a mediación, y hasta la completa ejecución del acuerdo), de los principios que lo caracterizan.

Cabe deducir, tal como mantiene Roldán Barbero¹¹⁴⁰, que todos estos peligros derivan de dos factores: la indiferencia hacia esta figura, que constituye realmente una forma “pasiva” de oposición a su expansión, y el riesgo de burocratización, que impide el libre desarrollo de la naturaleza de esta institución.

Entre algunos de estos peligros cabe citar:

1-La instrumentalización de la mediación penal como método de descongestión del sistema judicial.

Partiendo de la idea de que la mediación es un instrumento rápido y económico de resolución de conflictos, se puede llegar a aplicar de forma automática y estandarizada, sin

¹¹⁴⁰ Vid. ROLDAN BARBERO, Horacio, “La Mediación Penal entre el orden legal...ob.cit. pág. 132.

valorar sus aspectos fundamentales ni atender a las características y necesidades de las partes implicadas.

Por otro lado, podrían producirse situaciones de coacción indirecta a la negociación, fomentándose, así, una cultura forzada del acuerdo¹¹⁴¹.

Esta situación ha de evitarse inexcusablemente. La utilización de la mediación penal como medio de descarga de trabajo de los órganos judiciales y/o como sistema más económico de administración de justicia supone la desnaturalización de esta figura, que tiene como máxima, el respeto a la dignidad de las personas y como principal meta, el logro de una Justicia más humana.

2-Privatización del Derecho Penal. Algunos autores, como ya se comentó, lanzan esta crítica contra la mediación penal -si bien, mayoritariamente, en su concepción de extrajudicial-, al considerar que se deja en manos de la víctima y del agresor la exclusiva determinación de la responsabilidad derivada de la comisión de una infracción penal. Con ello, consideran, además, que se puede llegar, de facto, a la despenalización de determinadas conductas (aquellas que sean susceptibles de ser objeto de una mediación penal), hurtando a la sociedad –y con ello a los órganos del Estado que detentan el *ius puniendi*- de poder perseguir determinadas conductas que afectan no sólo a la víctima sino también a la propia sociedad en razón de los bienes jurídicos lesionados¹¹⁴².

En su concepto de mediación penal intrajudicial, el riesgo de privatización se concreta en que el interés público por la persecución del delito queda desplazado por el interés de la víctima en la obtención de una reparación.

No obstante, baste recordar que los mediados no dispondrán de cuestiones de Derecho Público. Su encuentro se limitaría a resolver las consecuencias perjudiciales que el hecho delictivo ha tenido en el ámbito privado de las partes implicadas: daño material y psicológico causado a la víctima, en sentido amplio. La repercusión o incidencia que la mediación penal tiene en la responsabilidad penal del infractor habrá de ser valorada, en

¹¹⁴¹ Vid. ROLDAN BARBERO, Horacio, “*La Mediación Penal entre el orden legal...*ob.cit. pág. 132. En este mismo sentido, IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos...*ob.cit. pág. 515; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España...*ob.cit. pág. 35; QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “*Victimas y garantías: algunos cabos sueltos...*ob.cit. pág.135; BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, “*La víctima en la Justicia Restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social*”. Justicia Restaurativa y Mediación. Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2011, pág. 15; y SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 1998-2011*” en Cuadernos penales Jose María Lidón, n^o 8. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pág. 131.

¹¹⁴² Vid. MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. págs 137 y 140; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España...*ob.cit. pág. 21. En contra de esta idea de la privatización, entre otros, vid. CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, “*La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*” Revista Jueces para la Democracia 1999, n^o 34, marzo, pág. 79.

cada caso concreto, por los operativos judiciales (juez y fiscal) y teniendo en cuenta el concepto de reparación penal, no de indemnización meramente civil.

Y, precisamente, atendiendo a esta idea de “reparación penal”, ya vimos que no prevalecía solamente la reparación específica a la víctima, en sentido estricto, por lo que en la mediación penal se mantiene el interés, no ya en la persecución del delito, sino en la resolución satisfactoria del conflicto para todas las partes implicadas, éstas son, víctima, infractor y comunidad.

3-Favorece lo que se da en llamar “una nueva justicia de clase”, esto es, los infractores que disponen de más medios económicos se ven favorecidos al poder reparar el daño económico y liberarse, así, del efecto estigmatizante del proceso penal¹¹⁴³.

De esta forma, puede llegar a diferenciarse entre “una justicia para ricos”: la mediación, y “una justicia de pobres”: el proceso penal tradicional¹¹⁴⁴.

En consonancia con ello, se argumenta también que el contenido reparador de la mediación penal es superfluo al coincidir con la responsabilidad civil derivada del delito.

Sin embargo, este argumento se sustenta en la errónea creencia de que la reparación concebida por la mediación penal se circunscribe a la mera compensación económica. Y esta idea, como ya se señaló, no responde a la realidad de la mediación penal, en la que la reparación excede de lo material¹¹⁴⁵.

4-Favorece la sensación social de impunidad a favor del delincuente, al entenderse que éste, mediante el acuerdo alcanzado en mediación, puede eludir la responsabilidad penal, legalmente prevista, por la reparación o indemnización a la víctima (o la aceptación de realizar una determinada conducta durante un tiempo). Es decir, mediante la mera aceptación de responsabilidad civil del delito pero sin recibir ningún tipo de sanción penal. Ello puede llevar a que, en determinados casos, el delincuente se habitúe a la comisión de determinados delitos y faltas, aceptando posteriormente una mediación en la cual obtenga un acuerdo que le sea benigno y le permita evitar mayores responsabilidades, tanto civiles como penales, en caso de acudir a un proceso judicial¹¹⁴⁶.

¹¹⁴³A título de ejemplo, vid. ROLDAN BARBERO, Horacio, “*La Mediación Penal entre el orden legal...*ob.cit. pág. 133.

¹¹⁴⁴Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima...*ob.cit. pág. 352.

¹¹⁴⁵Argumentando en contra de esta posición crítica a la mediación penal, entre otros, vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGÓ DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*”. CGPJ 2008.

¹¹⁴⁶Alegan esta crítica, entre otros, Martín Diz y Queralt Jiménez. Vid. MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 140; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España...*ob.cit. pág.18.

Este argumento tampoco se sustenta por cuanto ni el acuerdo de mediación ha de concretarse a una mera responsabilidad civil, ni el infractor se ha de liberar necesariamente del cumplimiento de una pena u otro tipo de responsabilidad, ni el mediador y demás agentes controladores pueden ni deben permitir esta situación.

5-Distinto tratamiento jurídico penal de los ilícitos penales. Se entiende que no todos los delitos y faltas podrían ser sometidos a este procedimiento¹¹⁴⁷.

Para evitar esta cuestión, bastaría con dar entrada en la mediación penal a todo tipo de infracciones penales, de forma que la derivación del caso a mediación dependa, no del tipo de delito, sino de otros criterios¹¹⁴⁸.

6-Favorece la desigualdad entre víctimas débiles y autores poderosos¹¹⁴⁹ o a la inversa.

De esta forma, puede existir abuso o presiones por parte del infractor a la víctima para llegar acuerdos y reducir la pena o evitar la cárcel; o abuso de la víctima exigiendo actos de reparación desproporcionados que excedan de los límites legales.

A este respecto, ya comentamos que la mediación no puede celebrarse en aquellos casos en que no se garantiza el principio de igualdad entre las partes en conflicto. Para velar por su estricto cumplimiento se cuenta con el control que ejercen los agentes intervinientes en la mediación, en especial, el mediador.

7-Se alega que puede producir un retraso en el curso del proceso penal en los casos en los que la mediación se celebra ya comenzado aquél, puesto que conllevaría la suspensión del proceso judicial¹¹⁵⁰.

Para evitar este peligro, se tiende a limitar, en exceso, el tiempo de desarrollo del procedimiento de mediación.

No obstante, es necesario que cada proceso disponga del tiempo necesario. De lo contrario, como afirma Bolívar Fernández, “un proceso de mediación que no respeta los tiempos de la víctima, que acelera las etapas, que no dedica tiempo suficiente para

¹¹⁴⁷ En este sentido, *vid.* MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 141; MORILLAS FERNÁNDEZ, L.D., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M y AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima...*ob.cit. pág. 352. Estos últimos consideran inaceptable la admisión de la mediación a casos que afectan a bienes jurídicos relativos a la dignidad, integridad, libertad, indemnidad sexual. etc.

¹¹⁴⁸ En defensa de esta apertura a la mediación penal, entre otros, *vid.* ROLDAN BARBERO, Horacio, “*La Mediación Penal entre el orden legal...*ob.cit. pág. 134.

¹¹⁴⁹ Alega esta inconveniencia de la mediación penal Martín Diz con relación a las víctimas especialmente vulnerables. *Vid.* MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 140. En contra de este argumento, *vid.* SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial...*ob.cit. pág. 1770.

¹¹⁵⁰ Alude a este argumento BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación...* ob.cit. pág. 248.

preparar a las partes para el encuentro directo puede ser tan victimizante como el sistema penal tradicional”¹¹⁵¹.

Hay que entender que, si la mediación llega a buen fin, el tiempo invertido repercutirá positivamente en todos los aspectos y sobre todas las partes (víctima, infractor y comunidad).

8.-Una de las principales preocupaciones es, tal como apuntan algunos autores¹¹⁵², que la mediación puede producir victimización secundaria o un aumento en el trastorno por estrés post-traumático. Esto podría producirse, principalmente, por el hecho de confrontar la víctima con un ofensor cuya sinceridad es dudosa. Los autores destacan, en general, la importancia de las disculpas. Sin embargo, cuando estas disculpas son vistas como rutinarias o no sinceras, puede producir un daño en la víctima.

En este aspecto, toma especial relevancia el equipo mediador a fin de percibir y controlar que este efecto no llegue a producirse.

9.-La falta de ejecución forzosa del acuerdo adoptado. Se trata de una de las mayores debilidades que se presenta la mediación, según algunos autores¹¹⁵³.

El hecho de que el acuerdo de mediación no goce de fuerza vinculante y ejecutiva, como la sentencia judicial, supone un grave inconveniente en cuanto a su eficacia y efectividad.

El problema se plantea cuando el infractor mediado, tras llegar a un acuerdo en el procedimiento de mediación, no lo cumple voluntariamente o bien lo cumple de forma parcial, no satisfactoria o apropiada.

No obstante, es preciso aclarar que este peligro no se produce en el ámbito de la mediación penal intrajudicial, puesto que el acuerdo alcanzado entre las partes en el procedimiento de mediación será dotado de la misma fuerza vinculante que una sentencia judicial desde el momento en el que es incorporado al proceso penal.

Las Naciones Unidas han advertido también sobre los riesgos que conllevan los procesos restaurativos y, por tanto, la mediación penal¹¹⁵⁴. Entre ellos, resalta:

1.-Desde la perspectiva de la víctima:

¹¹⁵¹ Vid. BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, “*La víctima en la Justicia Restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social*”. Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2011, pág. 16.

¹¹⁵² Vid. BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación...* ob.cit. pág. 248; BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, “*La víctima en la Justicia Restaurativa...*ob.cit. pág. 14; SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones...*ob.cit. pág. 131.

¹¹⁵³ Vid. MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*ob.cit. pág. 138; MARTÍN DIZ, Fernando “*Claves para el éxito de la mediación...*ob.cit. pág. 4; y SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones...*ob.cit. pág. 132.

¹¹⁵⁴ Vid. *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006, pág.66 y sig.

-Las víctimas pueden llegar a agobiarse si hay numerosas reuniones, que pueden resultar traumáticas, innecesarias o intimidantes.

-En comunidades pequeñas con relaciones cercanas entre sus individuos, algunas víctimas puedan sentir presión de participar en un proceso con el que no están de acuerdo.

-Dificultades para asegurar la seguridad de la víctima en el proceso restaurativo.

-Dificultades para asegurar la confidencialidad del proceso cuando sea necesario.

-Prevenir la revictimización de la víctima. Cierta evidencia sugiere que algunas víctimas de delitos pueden experimentar un incremento de miedo de revictimización después de participar en un proceso de justicia restaurativa.

-El apoyo ofrecido a las víctimas puede percibirse como sin correspondencia con el apoyo ofrecido a los delincuentes.

-Las víctimas pueden estar preocupadas por la falta de consecuencias impuestas a los delincuentes que no cumplen su compromiso (o con los términos del acuerdo). Las víctimas pueden también sentirse presionadas a revelar que el delincuente no ha cumplido con el acuerdo negociado.

2.-Desde la perspectiva del delincuente:

-La posibilidad de que el delincuente sea humillado.

-Consecuencias del incumplimiento del acuerdo por parte del delincuente.

-Delincuentes que ven el proceso restaurativo como una manera de “librarse” del sistema de justicia.

-Presión sutil sobre el delincuente para participar en un proceso restaurativo para evitar una sanción más dura en el sistema de justicia convencional.

-Falta potencial de protección de proceso debido a víctimas vengativas /indulgentes.

8. LAS EXPERIENCIAS DE LAS VÍCTIMAS EN LA MEDIACIÓN PENAL.

Los estudios realizados relativos al tratamiento de las víctimas en el sistema procesal penal actual señalan que las víctimas y sus familias sienten que el sistema penal no les repara el daño sufrido con la suficiente satisfacción –reparación que no se limita solo al mero cumplimiento de la responsabilidad civil-, ni les acoge, ni les reconoce, ni les posibilita un encuentro auténtico y seguro con el infractor, si lo consideran necesario, a fin

de que puedan elaborar emocionalmente la situación traumática sufrida, para su superación¹¹⁵⁵.

Por el contrario, las experiencias llevadas a cabo en el plano de la mediación penal ponen de manifiesto que la satisfacción de las víctimas es muy intensa, al mismo tiempo que logra la reducción de la victimización.

La mediación penal convierte a la víctima y al infractor en protagonistas de la resolución de su conflicto. En lugar de acallar sus voces, como se hace en el proceso penal, en el procedimiento de mediación se permite que muestren sus sentimientos y emociones, que se expresen libremente. En él, son ellos, los mediados, los que deciden abrir el diálogo para resolver su conflicto, cómo y cuando hacerlo.

Cabe afirmar, según informe elaborado por Sáez Rodríguez¹¹⁵⁶, que la mediación penal, que se ha venido practicando con arreglo a los protocolos y documentos de intervención elaborados, ha generado unos resultados que cualitativa y cuantitativamente superan las más optimistas expectativas.

La experiencia se manifiesta positiva, incluso, en aquellos casos en los que no se logra alcanzar todos los objetivos propuestos. Así, desde la perspectiva de las víctimas, sirve para satisfacer sus legítimos intereses y dar cobertura a sus necesidades, y desde el punto de vista del infractor, implica un *plus* en su grado de responsabilización, tanto en términos jurídicos, reconociendo y reparando el perjuicio material causado, como en términos éticos, porque la asunción del perjuicio causado permite, en muchos casos, la reconducción de su propia vida por sendas de normalización conductual y de respeto al Ordenamiento Jurídico.

La participación directa de las partes implicadas en las decisiones que les afectan, así como el hecho de que el proceso de mediación esté orientado a la reparación de la víctima, la responsabilización activa del infractor y el reconocimiento y apoyo social al proceso resultan muy apreciados por aquéllas, además de incidir muy positivamente en la prevención de la reincidencia y la eliminación o reducción de la revictimización.

Así lo ponen de manifiesto los distintos estudios realizados en España sobre la reincidencia y la satisfacción de víctimas y agresores en la mediación penal, que resultan

¹¹⁵⁵ Así se señala en RÍOS MARTÍN, Julián y OLAVARRIA IGLESIA, Teresa “Conclusiones del curso la mediación civil y penal. dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales” en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, págs. 253 a 302.

¹¹⁵⁶ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “Mediación Penal. Informe de evaluación y situación”. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 60. CGPJ 2010.

concordantes con los resultados obtenidos en otros países. En ellos se comprueba que la mediación penal tiene un efecto reductor sobre la reincidencia y provoca la aparición de unos niveles de satisfacción elevados entre las partes participantes en el proceso¹¹⁵⁷.

A través de los estudios realizados, se constata que probablemente lo más valorado por la víctima (también por el infractor) sea ser escuchada.

De ahí, como recuerda Martín Diz¹¹⁵⁸, la importancia del carácter personalísimo de la mediación, en cuanto que exige que sea la propia parte, sin intermediación ni representación, quien actúe en primera persona en sus sesiones y en el diálogo con el mediador y la otra parte.

El informe elaborado a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ, en 2008¹¹⁵⁹, realiza un estudio exclusivamente de las víctimas.

En él se señala que las experiencias permitieron constatar que en un primer acercamiento, en especial, las víctimas -aunque también los infractores- desconfían y rechazan esta metodología, si bien ello se debe al desconocimiento que existe en torno a esta otra forma novedosa de obtener y satisfacer la tutela judicial.

Sin embargo, muchas víctimas quieren tener la oportunidad de reunirse con su delincuente¹¹⁶⁰.

También se constató que las víctimas no son vindicativas y que su interés por ser reparadas no se reduce exclusivamente al aspecto económico¹¹⁶¹.

La mayoría de las víctimas denuncia para buscar de manera prioritaria la reparación, el resarcimiento del daño, antes que el castigo y la sanción¹¹⁶².

¹¹⁵⁷ Vid. SORIA, M.A., ARDAMANS, I, VIÑAS, M.R., MANZANO, J., “*Mediación penal adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas*”, Revista de Psicología Social, 2008, Vol. 23, nº 2, 2008, págs. 163-169.

¹¹⁵⁸ En opinión, que comparto, de Martín Diz, esta es una exigencia insustituible que se debe aplicar restrictivamente, por lo que considera que en aquellos casos en que no se tenga capacidad jurídica plena, y se deba suplir mediante la representación (menores, incapaces), o se trate de una persona jurídica (y deba “corporeizarse” a través de representante legal), deba quedar excluida la aplicación de la mediación. Vid. MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento...*op.cit. pág. 138.

¹¹⁵⁹ Vid. RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGU DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*”. CGPJ 2008 (a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ). Disponible en: www.poderjudicial.es -Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).

¹¹⁶⁰ Así se expone, entre otros, en *Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas*. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006, pág.86.

¹¹⁶¹ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones...*ob.cit. pág. 154.

¹¹⁶² Vid. FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 72.

De hecho, como señala Larrauri Pijoan¹¹⁶³, la víctima, en ocasiones, quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición.

Igualmente, en el estudio llevado a cabo por González Vidosa se observa la importancia que, en la mayor parte de los casos, tiene para la víctima que se le repare emocionalmente el daño causado por el delito¹¹⁶⁴.

Por otro lado, la experiencia también ha demostrado que muchos infractores quieren reparar el daño causado. Sin embargo, cuando es sometido a un proceso penal, esa intención inicial, a veces, va desvaneciéndose, puesto que cuando el autor se considera castigado de manera suficiente, se produce la desmotivación. El desarrollo del proceso genera, por tanto, un efecto de desresponsabilización penal, que perjudica los intereses de las víctimas¹¹⁶⁵.

Se detectó que las víctimas acuden al proceso de mediación con sentimientos intensos y muy negativos como miedo, dolor, rabia, impotencia, cansancio, nerviosismo, desamparo, depresión; que por medio de su intervención en el proceso de mediación pretenden alcanzar objetivos que no resultan posibles en el proceso penal convencional como recuperar la tranquilidad y la seguridad personal o disfrutar de una convivencia en paz, obtener atención psicológica, recibir disculpas y reconocimiento del daño causado, conocer los motivos que movieron al infractor a convertirla en víctima de su comportamiento, evitar el juicio y finalizar cuanto antes el procedimiento judicial. De hecho, muchas se conforman tan sólo con ser escuchadas o con recibir una explicación o petición de perdón por parte del infractor¹¹⁶⁶.

Existen, pues, otras formas de satisfacción a la víctima que exceden lo estrictamente económico-patrimonial, que pueden complementarlo y que, en todo caso, posibilitan una mayor eficacia reparadora, tales como el diálogo, la búsqueda de la verdad, explicación de la intención real y los motivos, compromiso de futuro de evitación del daño o seguridad de no repetición de la conducta delictiva, el arrepentimiento, el perdón,

¹¹⁶³ Cfr. LARRAURI PIJOAN, Elena, “*Criminología: abolicionismo y garantismo*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. L, 1997, págs 148-149. Disponible en www.cienciaspenales.net.

¹¹⁶⁴ Si bien la autora distingue en su estudio, las víctimas-perjudicadas que son grandes empresas o centros comerciales, las cuales tienen como interés prioritario y único la reparación económica y material, mientras que cuando la víctima-perjudicada es una persona, demanda cuestiones inmateriales tales como el reconocimiento de los hechos, conocer las razones, el sometimiento del infractor a programas de deshabitación, etc. *Vid.* GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, “*La víctima en la Mediación.1ª experiencia de adultos en España*”. Revista Poder Judicial nº 39. Septiembre 1995, pág. 110.

¹¹⁶⁵ En estos términos, *vid.* FÁBREGA RUIZ, C. y SÁEZ VALCÁRCEL, R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, pág. 71.

¹¹⁶⁶ *Vid.* SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones...ob.cit.*” pág. 154.

devolución de lo sustraído o pagar¹¹⁶⁷. Estas reparaciones de naturaleza moral-psicológica se encuentran entre las más habituales en los acuerdos de mediación penal.

En este mismo sentido, en la Memoria de 2010 del Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos)¹¹⁶⁸ se refleja que la mayoría de las víctimas desean, además de petición de disculpas, el compromiso del infractor de no volver a delinquir en un futuro, y ello porque una de las reclamaciones de las víctimas en su búsqueda de la justicia es la seguridad.

Esta misma conclusión ha sido apreciada en las Memorias de 2011 y 2012 del Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos)¹¹⁶⁹.

En la Memoria de 2011 se afirma que las necesidades de las víctimas incursoas en un proceso penal son: la información, la participación, la restauración emocional, la reparación material y el respeto y dignidad. Cuestiones todas ellas de las que carece en el proceso penal.

En la Memoria 2012 se resalta la necesidad de seguridad, información y respuestas, participación y reconocimiento. La víctima reclama que se le cuente la verdad y se le de el “poder” para tomar parte en un proceso que les afecta tan directamente como es el delito. Por esto, necesitan participar y ser consultadas durante todo el tiempo que dure la tramitación. De este modo, se sienten, también parte de la justicia.

Las víctimas, según demuestran las estadísticas, desean sentirse seguras, y, por tanto, se sienten satisfechas si creen que hay menos posibilidades de que el infractor vuelva a delinquir. Se comprueba que la mayoría de las víctimas tienen una serie de necesidades no pecuniarias, de forma que, para sentirse reparadas, necesitan superar el delito, recibir una disculpa por parte del infractor y que éste realice un compromiso serio de no volver a delinquir o a realizar la conducta contraria a derecho, es decir, la mayoría opta por una reparación moral y de actividad. Y esto no es algo que se consiga a través del proceso penal actual.

¹¹⁶⁷ Vid. RÍOS MARTÍN, Julian Carlos, “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*”. CGPJ 2010. Disponible en: www.poderjudicial.es Mediación (fecha de consulta: 23-06-10), pág. 55; y *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*. (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009. Celebrado en Barcelona 18-19 Junio 2009. Disponible en www.huygens.es/ebooks, pág. 227.

¹¹⁶⁸ Disponible en www.justiciarestaurativa.org. Similar conclusión se alcanzó en 2008, que, a través de los estudios de las distintas experiencias, se puso de manifiesto que la mayoría de las víctimas reclamaba una satisfacción de carácter moral Vid. *Memoria anual del Servicio de Mediación Penal de Burgos* de 2008, pág.70. Disponible en www.justiciarestaurativa.org.

¹¹⁶⁹ Disponibles en www.justiciarestaurativa.org.

También los estudios realizados por Varona Martínez, a iniciativa de la Consejería de Justicia del Gobierno vasco¹¹⁷⁰, reflejan los beneficios que el desarrollo de la mediación en el Servicio de Mediación Vasco representa para las víctimas, los imputados, la Administración de Justicia y la sociedad en general.

Para las víctimas, se destaca: la participación activa en la resolución del conflicto, con la certeza de que van a poder expresar con la libertad y amplitud que deseen sus sentimientos, y que van a ser escuchadas; la aminoración de la victimización secundaria, al mejorarse notablemente el trato recibido y conseguir mitigar los daños emocionales y la sensación de pérdida que siguen al acontecimiento sufrido, y, finalmente, su reparación que incluye la recepción de disculpas y la compensación material por los daños causados. Se resalta el grado de satisfacción de las víctimas medido en los informes, que evidencia que el 75% de ellas se muestra satisfecha o muy satisfecha con el proceso de mediación.

No obstante, se refleja en la evaluación la necesidad de controlar el grado de cumplimiento del acuerdo adoptado, especialmente en las actividades cuya conclusión se dilata en el tiempo.

Tamarit Sumalla alude, igualmente, a los efectos beneficiosos que produce el proceso restaurativo -y, por ende, la mediación penal- en las víctimas. Sin embargo, afirma, de forma cautelosa, que el hecho de que la víctima manifieste que el funcionamiento del proceso ha sido adecuado o que se ha sentido tratada correctamente no supone que se hayan alcanzado los objetivos del proceso restaurativo o que se haya producido efectivamente una reparación en el plano psíquico o emocional. Para una correcta evaluación, aclara, se han efectuado evaluaciones del trastorno por estrés postraumático que padecen habitualmente las víctimas de delito, las cuales han dado resultados positivos a favor de la víctima que participó en un proceso restaurativo, en el sentido de que éstas tuvieron una disminución de los síntomas de este estrés así como que tardaron menos tiempo en recuperarse¹¹⁷¹.

Con relación al estrés postraumático y a la victimización criminal resultan interesantes las investigaciones a que hace referencia Bolívar Fernández¹¹⁷². Tal como

¹¹⁷⁰ Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio- Diciembre de 2007)*, Donostia-San Sebastián, 2 de marzo de 2008, y el informe “*Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008- Septiembre 2009)*”, de diciembre de 2009. Ambos disponibles en www.justizia.net y <http://www.geuz.es>.

¹¹⁷¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, JM. “*Capítulo Primero. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación, y marco teórico*” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), Edit. Comares. Granada 2012, págs 36-38.

¹¹⁷² Vid. BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, “*La víctima en la Justicia Restaurativa: reflexiones..ob.cit.* págs. 6-7.

afirma esta autora, diferentes estudios han atribuido al apoyo social un rol protector que prevendría la aparición del síndrome de estrés post-traumático, mejorando la capacidad de enfrentamiento que poseen las víctimas.

Así, estudios en psicología social han demostrado que el apoyo social, brindado por los contactos sociales y percibido como tal por el individuo que lo recibe, es uno de los factores más importantes para ‘amortiguar’ los efectos del estrés.

El apoyo social, tanto el ofrecido por las redes sociales formales -trabajo, escuela, centro de salud, servicio social, asistencia a la víctima, servicio de mediación- como las informales -familia, amigos-, puede reducir el impacto negativo de los hechos estresantes a través de la ayuda (material o emocional), facilitando una estrategia de afrontamiento más efectivo o permitiendo una percepción menos amenazante del evento.

Para Bolívar Fernández las experiencias de las víctimas en prácticas restaurativas arrojan un panorama optimista y muestra la Justicia Restaurativa como un escenario prometedor para las víctimas¹¹⁷³. Presenta un breve resumen de los principales resultados¹¹⁷⁴:

a) Las víctimas valoran el recibir información respecto de sus casos, tener la oportunidad de participar.

b) La participación en prácticas restaurativas parecen tener también importante consecuencias psicológicas. Por ejemplo, participación en mediación y conferencias restaurativas familiares parecen contribuir a reducir la ansiedad y el miedo a una nueva victimización.

c) Recibir una explicación parece ser fundamental para las víctimas.

d) Participar en prácticas restaurativas también parecen ayudar en la reparación del daño. Las víctimas han expresado que gracias a ella han podido dejar lo sucedido en el pasado, sentirse emocionalmente más estables, disminuir la rabia contra el ofensor, minimizar síntomas psicológicos, desmitificar al ofensor, logrando una visión más humana de él.

e) Finalmente, las víctimas han reportado una mayor satisfacción que aquellas cuyos casos han sido tratados por el sistema penal tradicional.

En resumen, la experiencia en Mediación Penal que ésta se revela como una herramienta eficaz para satisfacer los intereses de las víctimas sin detraer por ello derechos

¹¹⁷³ Si bien, advierte que muchos de los estudios en los que se basa se han llevado a cabo en el contexto de conferencias restaurativas familiares en que el ofensor es un menor. *Vid.* BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, “La víctima en la Justicia Restaurativa: reflexiones..ob.cit. pág. 13.

¹¹⁷⁴ *Ibidem* págs. 12-13.

y garantías al infractor, y en definitiva, para mejorar la imagen de la Justicia entre los ciudadanos implicados. Si bien, habrá de tenerse presente que no es la panacea; que, como cualquiera otra institución, tiene defectos en la práctica que deberán ser corregidos y riesgos que tendrán que ser sometidos a un serio control.

IX. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo hemos ido comprobando que si bien la situación jurídica de la víctima ha ido mejorando en los últimos años, este avance, que abarca tanto los ámbitos procesal y penal como asistencial, es insuficiente y la víctima todavía es prácticamente ignorada por el sistema de Administración de Justicia, el cual no ofrece cauces para la satisfacción de las necesidades y expectativas de la víctima y además, en general, supone una experiencia negativa para ella.

El ordenamiento jurídico de un Estado democrático, de Derecho, debe, además de paliar los efectos de la victimización primaria, evitar la existencia de victimización secundaria. El Estado ha de velar, por igual, tanto por la tutela de los derechos de la víctima como los del infractor.

Entre ambos intereses, los del infractor y los de la víctima, no ha de existir necesariamente conflicto, puesto que cada uno de ellos puede ser titular de sus respectivos derechos y garantías en pacífica convivencia. Basta con que cada una de las posiciones respete los límites que impone el derecho del otro, sin extralimitaciones, sin abusos en el ejercicio del correspondiente derecho. Se trata de impedir el uso abusivo en el ejercicio del propio derecho.

Las víctimas deben ser tratadas en todo momento con respeto a su dignidad personal, con reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos. Pero no basta el reconocimiento legal de un elenco de derechos de la víctima, éste ha de ir acompañado de la adopción de un conjunto de medidas y de servicios de los que la víctima pueda disponer según sus necesidades.

Es preciso atender a las necesidades de las víctimas en todos sus ámbitos: tanto en el marco del proceso penal como en la prestación de la asistencia, antes y después del proceso, imprescindible para paliar los efectos del delito, así como en el ámbito de la

reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, que constituye el interés primordial de la víctima.

Para ello, hay que cubrir tres frentes:

1.-Por un lado, la regulación de los derechos y protección de las víctimas, que en la legislación española, a pesar de los importantes progresos que ha habido, es dispersa, incompleta, insuficiente y caótica.

Además existe un divorcio absoluto entre la legislación y la práctica, en cuanto que existen serias y enraizadas dificultades para su efectiva aplicación: escasez de personal con formación especializada, poca dotación de medios económicos y personales, falta de la infraestructura necesaria, inadecuada organización, mala gestión, etc.

Por ello, y como una de las medidas para evitar la victimización secundaria que produce la ausencia de un reconocimiento específico, hay que afrontar ya, definitivamente, una regulación más exhaustiva, completa, unitaria, con independencia de la clase de víctima que sea, y eficaz de los derechos y garantías de las víctimas, de forma que recoja y proteja los derechos y las garantías de las víctimas frente a hechos criminales, al mismo tiempo que se le conceda un papel relevante en el proceso penal. Y ello, acompañado con la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para su efectiva aplicación.

El legislador y las instituciones deben dar ya una respuesta contundente, real y efectiva, a las necesidades de las víctimas, regulando específicamente su estatuto.

Pero ha de tenerse en cuenta que la definición jurídica de víctima del delito debe ir enfocada hacia su protección y la reparación del daño y ha de ser contemplada de una forma dinámica, puesto que las legislaciones y los intereses de las víctimas cambian, y es necesario un proceso constante de adaptación del derecho positivo para incluir nuevas formas de victimización y de protección victimal.

Del conjunto de toda la normativa, tanto supranacional –que ha sido muy fructífera en los últimos años- como nacional, y de las distintas posiciones doctrinales, pueden extraerse elementos y datos suficientes para elaborar el estatuto jurídico de la víctima.

De hecho, ya ha sido elaborado un Anteproyecto de Estatuto de la Víctima. Aún cuando la valoración es, en conjunto, positiva, la regulación es susceptible de mejorar.

Esta norma constituye tan solo un primer paso. El reconocimiento normativo de derechos no supone garantía de éxito. Es necesario que vaya acompañado de la dotación de medios materiales y personales, con la formación adecuada, suficientes. De lo contrario, será “papel”.

2.-Por otro lado, los servicios de apoyo extrajudiciales que se ofrecen a las víctimas se limitan, prácticamente, a Servicios de Asistencia a Víctimas, que, si bien desempeñan una importante función de asistencia y orientación a la víctima dirigida a evitar la victimización secundaria; adolecen de numerosas deficiencias, de forma que resultan insuficientes y, a veces, inadecuados y excesivamente burocratizados.

Así, existe una diversidad de organismos públicos y entidades de carácter privado dedicadas a prestar este servicio de apoyo a las víctimas en España, lo que hace que existan grandes diferencias en la forma de desarrollarlo, de modo que la calidad y cobertura de los mismos varían considerablemente entre unas Comunidades y otras.

Esta situación plantea la necesidad de coordinar todos los servicios de asistencia a víctimas y articular programas conjuntos de formación, información y comunicación, así como el intercambio de las mejores prácticas en el tratamiento y apoyo a las víctimas.

Además, como servicio especializado, necesita de especiales dotaciones materiales y personales. Sin embargo, no están tan bien financiados como los servicios para los acusados o sospechosos de un delito, por lo que resulta difícil alcanzar un grado satisfactorio en la prestación del servicio.

Se demanda, también, la necesidad de la formación especializada de todos los agentes intervinientes en la prestación de la asistencia victimal. Sería conveniente que las personas que trabajan en este ámbito estén debidamente formadas y coordinadas, y dotadas de los recursos adecuados.

En cuanto a la gestión de estos servicios, considero que es el Estado el que debe asumir la prestación de este servicio a las víctimas, al igual que asume la protección y defensa de los infractores (para la que, no se cuestiona, como elementos impositivo, el coste económico ni las limitaciones que suponen la funcionarización del servicio en cuanto a horario y lugar de prestación, como ocurre cuando se trata de protección de derechos a las víctimas), sin perjuicio de la actuación conjunta y en colaboración de entidades públicas y privadas, si bien, siempre que éstas se traten de organizaciones sin ánimo de lucro y que exista un control y dirección por parte de la Administración Pública, sobre todo con relación a la formación de los profesionales que prestan el servicio, el nivel y la cobertura de éste.

Y ello, por tres razones fundamentales: porque esta atención debe ser entendida como un servicio público, porque el Estado es el encargado de velar por la efectividad de los derechos de la ciudadanía, y, en este término, se incluyen las víctimas, y porque así se contribuye al eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia.

Por tanto, ha de profundizarse en estos Servicios a fin de lograr una rápida, eficaz y completa prestación de servicio de atención a la víctima de una infracción penal, que evite la victimización secundaria y cubra, de forma adecuada, las necesidades de cada víctima.

Es imprescindible, además, que tanto la legislación como los agentes sociales y jurídicos que intervienen con las víctimas, reconozcan la existencia de la “victimización secundaria”, así como que sepan en qué consiste para poder detectar aquellas situaciones, leyes y actos que pueden producir esa victimización.

3.-Por último, el proceso penal actual no atiende a las necesidades de las víctimas.

A consecuencia de su regulación y su aplicación, claramente deficitarias, el proceso penal incrementa constante e invariablemente el trauma producido por la victimización primaria. Las víctimas del delito, tras las penosas consecuencias de éste, padecen, seguidamente, las molestias y el sufrimiento derivados de la victimización secundaria, además de la ineficacia del sistema judicial, como medio para obtener la debida y esperada reparación de los daños ocasionados por el delito.

Este trato produce en las víctimas insatisfacción tanto a nivel personal como social, provocando en ellas sentimientos de frustración, de abandono, de incompreensión y desamparo. De esta forma, el desarrollo del proceso -en el que la víctima se ve relegada a un segundo plano, limitada, la mayoría de las veces, a ser mero testigo de su propio daño en un proceso burocrático y garantista de los derechos del agresor frente a las necesidades y derechos de las víctimas- agrava la situación de la víctima.

Es evidente que la Administración de Justicia resulta ineficaz.

Hay dos factores que destacan de manera especial y que hacen que sea necesario adoptar medidas urgentes para dotar a la Administración de Justicia de la eficacia, fiabilidad, confianza y credibilidad ante el justiciable que a la misma debe caracterizar. Son, por un lado, el hecho de que el sistema penológico se muestra incapaz en la difícil tarea de resocialización y rehabilitación del infractor y, por otro, el sistemático olvido de los derechos y garantías de las víctimas y su inapropiado tratamiento en el sistema judicial actual.

La Administración de Justicia ha de satisfacer la legítima demanda de justicia de las víctimas en su doble dimensión: en cuanto a su intervención en el proceso y en cuanto al resultado del mismo, en el sentido de que la reparación del daño producido por el delito sea efectiva.

Por tanto, dos de las metas más importantes a alcanzar son la inmediatez en la aplicación de la justicia -que es importante tanto a efectos de protección de la víctima

como por motivos de seguridad ciudadana-, y la adecuación de la respuesta judicial e institucional a las pretensiones resarcitorias y protectoras de las víctimas.

Es hora de dar entrada a otros métodos y probar otras alternativas que satisfagan o puedan satisfacer las necesidades de las víctimas.

Es necesario mejorar el sistema judicial incorporando al mismo un sistema restaurativo que opere de modo complementario. Estos métodos deben consistir en mecanismos fiscalizados y controlados por los órganos jurisdiccionales, incorporados, así, al ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, de naturaleza intraprocesal, con el fin de formar parte del *ius puniendi* del Estado.

La Justicia ha de satisfacer las necesidades de la ciudadanía, tanto de víctimas como de infractores como de la comunidad, derivadas de la comisión de una infracción penal, con el fin de restablecer y mantener la paz social alterada por el hecho delictivo, y la Justicia Restaurativa es el medio más adecuado para tal logro.

Se basa en atender las necesidades de las víctimas y escucharlas y procurar la reinserción del infractor.

A la víctima, además de la posibilidad de obtener una reparación más adecuada y acorde al daño que ha sufrido, la Justicia Restaurativa le da la oportunidad, al igual que al infractor, de participar activamente en el proceso restaurativo mediante el diálogo y la escucha. Ambos podrán expresarse sin atenerse a formalidades ni a directrices encorsetadas que impidan u obstaculicen el libre ejercicio del derecho a expresarse y a ser oídos. El encuentro habrá de estar dirigido por un tercero profesional e imparcial.

No obstante, el concepto de Justicia Restaurativa va más allá de ser solo *un proceso o una forma de resolver conflictos*. Lo que realmente la define es que se trata de una filosofía, una forma de entender la Justicia distinta de la actual Justicia Retributiva.

Su implementación requiere tiempo y recursos, debiendo ir precedida de una amplia información y difusión.

Supone un profundo cambio del propio sistema judicial.

Ese cambio de mentalidad en la ciudadanía y en los poderes públicos exige, como primer paso, “educar en la Justicia restaurativa”. Ello supone una fuerte formación en principios básicos de convivencia, tales como el respeto y la responsabilidad.

El ser humano ha de ser capaz de asumir su propia responsabilidad cuando lleve a cabo actos que contraríen gravemente, dañen o perjudiquen a otra persona o a la sociedad en general y, por tanto, ha de “querer” reparar o mitigar el daño causado.

La Justicia Restaurativa debe inspirar todos los aspectos de la vida cotidiana (colegios, lugares de trabajo...). Es positivo que las personas aprendan a resolver los problemas a través del diálogo y la comunicación desarrollando la empatía, sin delegar continuamente en un tercero ajeno al problema. Así se evitará, también, la excesiva judicialización de muchos asuntos, que son la mayoría de las veces meros problemas de convivencia o de malos entendidos, a la vez que se construye una sociedad más madura, justa, segura y responsable.

La Justicia restaurativa puede ofrecer una respuesta al sistema preventivo penal, particularmente cuando es aplicada en el ámbito escolar y comunitario, provocando un efecto preventivo especial referido al ofensor y su entorno, y preventivo general dirigido a la comunidad, motivándola con un mensaje positivo que promueva la resolución pacífica de los conflictos penales.

El modelo restaurativo acerca más la justicia a la ciudadanía y hace que ésta se implique en ella y participe activamente en su consecución, dando así cumplimiento más efectivo a los artículos 117 y 125 de la Constitución.

Lo ideal es que, dada las especiales características de la Justicia Restaurativa, ésta prevaleciera sobre el sistema retributivo. No obstante, la realidad no permite prescindir de la aplicación del modelo retributivo, y, en este caso, el sistema restaurativo viene a reforzar la Justicia, por lo que habría que dar paso a una Justicia en la que ambos modelos coexistan y se aprovechen los puntos fuertes de cada uno de ellos, siendo de aplicación uno u otro sistema según las necesidades y circunstancias de cada caso

La mediación penal, como una de las herramientas de la Justicia Restaurativa, se presenta, a mi juicio, como un sistema ajustado a todas aquellas exigencias para lograr la participación y la satisfacción de la víctima ante la Justicia, así como la recuperación de su posición en el sistema penal y la reparación del daño ocasionado por la infracción penal, y no solo para la víctima sino también para la comunidad.

Puede definirse como un sistema de resolución de conflictos a través del cual una tercera persona, ajena al conflicto, capacitada, neutral e imparcial, interviene para que dos o más personas, implicadas en una infracción penal como víctima e infractor, alcancen, mediante el diálogo y la comunicación entre ellas, un acuerdo sobre la forma en la que el infractor llevará a cabo la reparación del daño causado a consecuencia de la citada infracción.

Entre sus fines destaca, de manera especial, reparar y proteger a la víctima. La mediación penal convierte a la víctima en protagonista, es el medio adecuado para que

aquella se sienta escuchada, comprendida, y reparada. La trata con respeto a su dignidad y a sus derechos.

En los últimos años, la legislación europea ha impulsado la mediación penal.

En España, se regula, con ciertas peculiaridades, en la Ley de Responsabilidad Criminal del Menor, pero la mediación responde, en este contexto, más a fines educativos cuyo objetivo prioritario es el menor infractor, tendiendo más a mejorar la respuesta penal frente al menor, que a la voluntad de ofrecer mayor satisfacción a la víctima.

En el Derecho Penal de adultos, solo se hace una referencia a la mediación penal para prohibirla expresamente y de forma absoluta en materia de violencia doméstica y de género, en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de Diciembre de 2004.

Sin embargo, la mediación penal es un medio idóneo para resolver los conflictos de violencia de género y doméstica, siempre que concurren determinadas circunstancias, si bien, lógicamente, hay que partir del hecho de que la mediación penal en estos casos de violencia de género es distinta a la de las demás infracciones penales

Considero que no se debe admitir la mediación en aquellos casos de violencia habitual o sistemática y aquellas infracciones de mayor gravedad, a consecuencia de las cuales se halla producido un situación fuerte de desequilibrio entre las partes.

Por tanto, la mediación, en los casos de violencia de género y doméstica, debería admitirse siempre, si concurren las circunstancias de voluntad y capacidad de las partes, cuando se trata de un conflicto puntual y leve que no encierra peligrosidad alguna o que ésta sea mínima. Y solo ha de admitirse excepcionalmente para los supuestos más graves de violencia de género cuando no exista una situación de desequilibrio entre las partes, aunque hay que reconocer que estos últimos casos serán excepcionales

En el ámbito del Derecho Penal de adultos, a falta de una regulación expresa sobre la aplicación de la mediación penal, se viene introduciendo en la práctica, a través de las distintas experiencias llevadas a cabo, principalmente, por distingos organismos autonómicos y por el Consejo General del Poder Judicial, que cuentan con la colaboración de todos los agentes que operan en el ámbito judicial: jueces, fiscales, secretarios judiciales, mediadores, abogados, Ministerio de Justicia, Diputaciones Provinciales, gobiernos autónomos, etc.

El Consejo General del Poder Judicial muestra especial interés en el desarrollo e implementación de la mediación en todos los órdenes jurisdiccionales.

Para impulsar los procesos de mediación en todas las jurisdicciones, desarrolla una intensa actividad.

La Fiscalía se muestra, igualmente, partidaria de la Mediación Penal y viene participando en los diversos programas que se desarrollan para su estudio e implementación.

Esta situación, si bien es cierto que está ayudando a impulsar y desarrollar la mediación en España, lo cierto es que también provoca que la implantación de la mediación sea desigual y no se aplica en todas las Fiscalías del territorio nacional.

Existe la preterita necesidad de su regulación legal y de su implementación, tanto para dar una respuesta rápida y eficaz a las víctimas de infracciones penales como para conseguir un medio óptimo de reinserción y resocialización del infractor.

La mediación penal es compatible con el sistema judicial y con sus principios, siendo complementaria del mismo. Los parámetros por los que se rige contribuyen a la consecución de los derechos y garantías de las víctimas (y de los infractores) reconocidos en el proceso penal. Es la forma más adecuada para dar cumplimiento al principio constitucional de tutela judicial efectiva, puesto que resulta mucho más garantista y trata de dar protección tanto a los derechos de las víctimas como a los del infractor.

Para dar entrada a la Justicia Restaurativa en general y a la Mediación Penal, en particular, en el proceso penal español se considera imprescindible llevar a cabo reformas, tanto de las leyes procesales como de las penales, mediante las que, entre otras cosas, se de mas margen al principio de oportunidad, se mejoren el reconocimiento legal y los efectos que puedan tener los acuerdos obtenidos en un proceso restaurativo, se le confieran mayores efectos legales a la reparación a la víctima y se establezca un método de determinación de la pena más flexible.

En tanto se llevan a cabo esas reformas, la aplicación de la mediación en el proceso se logra, básicamente, reconociendo efectos legales a la reparación del daño a la víctima por parte del ofensor, en cada una de las fases del proceso penal, -instrucción, enjuiciamiento y ejecución-, y tanto para el enjuiciamiento de faltas, como de delitos; e introduciendo en el proceso penal el acuerdo alcanzado en mediación mediante la sentencia de conformidad.

Atendiendo a los efectos preventivos de la reparación del daño y a los beneficios que produce en la víctima y en la comunidad, entiendo que hay que considerar seriamente la posibilidad de que, en efecto, la reparación constituya una tercera vía, junto a la pena y la medida de seguridad, como propone Roxin.

En consecuencia, entiendo que para aquellos infractores, que no sean delincuentes habituales o peligrosos, que son conscientes del daño ocasionado y que reconociendo los hechos, asumen su responsabilidad y se involucran personal y voluntariamente en la consecución de la reparación integral del daño -tanto el daño personal a la víctima directa como el daño social- para restablecer la paz social perturbada, puede bastar, como pena, según los casos, esta reparación integral. Y solo en aquellos casos en los que la gravedad y/o violencia que se desprenden del hecho delictivo, o el insuficiente esfuerzo realizado por el infractor, impiden alcanzar la reparación integral, entonces aquélla puede actuar como atenuante.

El Código Penal español trata la reparación del daño a las víctimas como una cuestión del Derecho Penal, concediéndole, sin admitirla como tercera vía, determinados efectos jurídico-penales, si bien es cierto que no está concebida, en realidad, para beneficiar a la víctima, sino al infractor. Ignora, prácticamente, a la víctima y sus intereses. Surte efectos legales independientemente de los efectos que tenga sobre la víctima.

La atenuante de reparación del artículo 21-5º del Código Penal es la forma de reparación por excelencia en los procedimientos de mediación penal actuales, constituyendo esta atenuante la principal vía de acceso al proceso penal de los acuerdos reparatorios de mediación.

La reparación en el ámbito penal debe abarcar la reparación integral. La comisión de una infracción penal produce un daño tanto a la víctima individual como a la comunidad en general, por tanto, el infractor, con base al principio de responsabilidad, ha de asumir la reparación de los daños y perjuicios causados tanto a una como a otra víctima, tanto el daño particular como el daño social.

La Mediación Penal, por sus características y los fines que persigue, no solo se erige, como instrumento del poder punitivo del Estado, en uno de los medios más eficaces para la resolución de conflictos dentro del proceso penal, sino que también, por los principios por los que se rige, se convierte en mayor garante de los derechos de las partes en conflicto, y, en concreto, de la víctima.

Constituye una fórmula idónea para valorar a la víctima, no sólo porque aumenta su participación en el proceso, al mismo nivel que el infractor, otorgándole un papel más relevante y equilibrando, así, ambas posiciones, mediante la creación de un escenario basado en el diálogo y el respeto, sino también porque favorece su reparación integral, incluyendo tanto el resarcimiento material por el daño sufrido como el perjuicio moral, minimizando, así, el sufrimiento humano.

El proceso de mediación penal ha de respetar, y así lo hace, el sistema de garantías establecido para proteger los derechos y las libertades de los perjudicados, de la víctima y del imputado.

Por un lado, es un excelente garante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, base de los demás derechos penales, y, por otro, evita la victimización secundaria, principal obstáculo con el que la víctima se ha de enfrentar en el proceso penal.

A través de la aplicación y el cumplimiento de los principios de la mediación penal (voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad, bilateralidad, igualdad, neutralidad, imparcialidad e independencia) quedan garantizados el respeto y cumplimiento de los principios constitucionales, se satisfacen los derechos de las víctimas (y los del infractor) y se protegen sus derechos y garantías procesales.

Las experiencias prácticas de mediación penal llevadas a cabo ponen de manifiesto que la mediación penal no sólo no repercute negativamente sobre los derechos y garantías sustantivas y procesales de las partes sino que los refuerza; su impacto jurídico les resulta beneficioso a ambas.

La mediación penal comporta unas importantes ventajas no solo para las partes implicadas de forma directa en el conflicto, sino también para la comunidad en general.

No obstante, implica también riesgos que se han de tratar de anular o minimizar. El Juez, el Fiscal, el Abogado y el Mediador son los responsables y garantes, en sus diferentes ámbitos competenciales, de proteger al proceso mediador frente a los riesgos, excesos y abusos que puedan afectarle, de velar por la seguridad de la víctima y por el cumplimiento, durante el desarrollo del proceso de mediación.

Los riesgos provienen principalmente de dos factores: la indiferencia hacia esta figura, que impide que se desarrolle, y el riesgo de burocratización.

Se debe evitar una utilización genérica de la mediación que pueda ser instrumentalizada, sin valoración de sus aspectos fundamentales, en orden a descargar de trabajo a los operadores jurídicos de las instituciones penales.

Las experiencias llevadas a cabo en el plano de la mediación penal han demostrado que la satisfacción de las víctimas es muy intensa, al mismo tiempo que logra la reducción de la victimización.

La participación directa de las partes implicadas en las decisiones que les afectan, así como el hecho de que el proceso de mediación esté orientado a la reparación de la víctima, la responsabilización activa del infractor y el reconocimiento y apoyo social al

proceso resultan muy apreciados por aquéllas, además de incidir muy positivamente en la prevención de la reincidencia y la eliminación o reducción de la revictimización.

La mayoría de las víctimas denuncia para buscar de manera prioritaria la reparación, el resarcimiento del daño, antes que el castigo y la sanción, mientras que muchos infractores quieren reparar el daño causado. Hay que darle a cada uno la oportunidad que esperan.

La experiencia en Mediación Penal se revela como una herramienta eficaz para satisfacer los intereses de las víctimas sin detraer por ello derechos y garantías al infractor, y en definitiva, para mejorar la imagen de la Justicia entre los ciudadanos implicados. Si bien, habrá de tenerse presente que no es la panacea; que, como cualquiera otra institución, tiene defectos en la práctica que deberán ser corregidos y riesgos que tendrán que ser sometidos a un serio control.

-BIBLIOGRAFÍA:

I. AUTORES:

-AGIRRE PEDRAYES, Mila, *La experiencia de la Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de Euskadi*. Revista Estudios Penales y Criminológicos nº 30 2010. Disponible en <http://hdl.handle.net/10347/4154>.

-AGUILERA MORALES, M., “*La mediación penal: ¿quimera o realidad?*”, REDUR 9, diciembre 2011, págs. 127-146. ISSN 1695-078X.

-ALCACER GUIRAO, Rafael, “*La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art.21-5º del Código Penal. Reparación y desistimiento como actos de revocación*”. Revista Poder Judicial nº 63. 2001.

-ALONSO RIMO, Alberto, “*Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde el punto de vista penal*” en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología*. VVAA, coordinado por TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

-ALONSO SALGADO, Cristina, “*Una dificultad más en el camino: la eventual afectación de derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*. Revista Criminología y Justicia, nº 4-2012, págs 65-69.

-ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco, “*Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)*”, Cuadernos de Política Criminal. 1997.

-ARIAS MADRIGAL, Doris M^a “*Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia Restaurativa*”.

Disponible en www.justiciaresaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones.

-BARALLAT LÓPEZ, Juan, “*La Mediación en el ámbito penal*” en *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*. Revista jurídica de Castilla y León, nº 29, Valladolid. Enero 2013. ISSN 1696-6759.

-BARONA VILAR, Silvia, *Mediación, penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

-BARONA VILAR, Silvia, “*Mediación penal: un instrumento para la tutela penal*” en Revista del Consejo General del Poder Judicial nº 94, 2012, págs. 23-32.

-BARONA VILAR, Silvia. “*Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa*”. Revista de Derecho Penal, núm. 26, 2009, págs 11-53.

-BARONA VILAR, Silvia, “*El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*”, (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Víctimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Págs. 229-254.

-BARONA VILAR, Silvia. “*Las ADR en la Justicia del siglo XXI, En especial, la Mediación*”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN, Coquimbo, vol.18 - nº 1, 2011 págs. 185-211. ISSN 0718-9753.

Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000100008>.

-BELTRÁN MONTOLIN, Ana, “*Epígrafe 2. Modelo de mediación en los Estados Unidos de América*” en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. VVAA. (Dirigido por BARONA VILAR, Silvia), Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 53 a 84.

-BELLOSO MARTÍN, Nuria, “*Mediación penal ¿beneficios reales o potenciales?*”, Revista Criminología y Justicia, titulada *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* nº 4, Marzo 2012, págs. 21-34.

-BERDUGO, I. y otros, *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Ed. Experiencia S.L. Manuales Universidad, dic. 2004.

-BERINSTAIN IPIÑA, Antonio, “*¿La sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?*”. Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, tomo XV.

- BERISTAIN IPIÑA, A. *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1994.
- BODERO C. Edmundo Rene, “*Introducción a la Victimología*”, disponible en www.redsafeworld.net y www.cienciaspenales.net.
- BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, “*La víctima en la Justicia Restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social*”. Justicia Restaurativa y Mediación. Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2011, págs. 1-22.
- BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa. Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*. Edit. Universidad Fidélitas. San José, Costa Rica. Julio 2009.
- BRITTO RUÍZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Edit. Universidad Técnica Particular de Loja.. Loja –Ecuador- Noviembre 2010.
- CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer. Penal y civil: Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y fiscalía general del Estado*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid 2013.
- CÁMARA ARROYO, Sergio, “*Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América latina*”. Revista Justicia Restaurativa (RJR) N° 1 -Octubre 2011.
- CARAVACA LLAMAS, Carmen, “*Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social*” en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011. www.eumed.net/rev.cccss/11.
- CARMENA CASTRILLO, Manuela. “*¿Qué le pasa a la justicia?*”. Revista Crítica, año 58, n° 954, 2008, págs. 22-25. ISSN 1131-6497.
- CARMENA CASTRILLO, Manuela. Intervención en Mesa Redonda: “*Posibilidades de resolución dialogada de conflictos penales*” en I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias, Asociación Apoyo Madrid, 3-4 de octubre 2002. www.uc3m.es/larevistilla.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “*Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso -Chile- XXVI. 2005, Semestre I, págs 27 – 39.
- CARRASCO ANDRINO, Mª del Mar, “*La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*” Revista Jueces para la Democracia, n° 34, marzo 1999, págs 69-86. Disponible también en www.dianelt.unirioja.es.

- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Coordinadora) y CATALINA BENAVENTE, M^a Angeles, (Directora) *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. La Ley, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-8126-377-0.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO, Cristina, “*Mediación en violencia de género*” *Revista de Mediación*. Año 4. n° 7. Mayo 2011, págs. 38-45 .
- CEBALLOS MARTÍN, I., “*Presente y futuro de la Victimología*”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 75, 2001, págs. 615-626.
- CERES MONTÉS, José Francisco, “*Lugar que desempeña la víctima en particular en la fase de instrucción: nuevas tendencias*” en *Poder Judicial*, núm. 38, 1995.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “*Los principios penales como criterio regulador en la selección de delitos mediables*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). *Criminología y Justicia*, n° 4, 2012, págs 35-44.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “*Tutela y protección de la víctima en el proceso penal*” Ministerio de Justicia n° 2041, 15 Julio 2007. Pág. 2827-2843.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana M^a, “*Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n° 122. Mayo-Agosto 2008, pág. 691-715.
- CID MOLINÉ, José, “*Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal*”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 11, 2009, págs. 111-130.
- CLEMENTE, Esteban y LÓPEZ LATORRE, M^a Jesús, “*Programas de Mediación en el ámbito penal juvenil*”. *Boletín Criminológico* n° 21, En/Febrero 2001, págs 1-4. Disponible en www.uma.es/estudios/propias/criminología.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., “*La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7, 2005, págs.1-34.
- CUADRA RAMÍREZ, José Guillermo, “*Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia*”, disponible en www.scjn.gob.mx/Transparencia/lists/Becarios/Attachments/134/Becarios_134.pdf.
- CUÉLLAR OTÓN, C., “*La experiencia en mediación penal en Alicante*”, *Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2009, n° 56.
- CUÉLLAR OTÓN, Pablo; MAGRO SERVET, Vicente; HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo “*La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante*”

en *Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar*, (coord. por Nicolás GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Agata M^a SANZ HERMIDA, Juan Carlos ORTIZ PRADILLO), *Colex, Madrid, 2010*, p. 115-154. ISBN 978-84-8342-224-3.

-CUÉLLAR OTÓN, José Pablo, HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo y MAGRO SERVET, Vicente. *Mediación Penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*. Editorial Club Universitario, 2011 (14 junio 2011). ISBN:9788499484198.

-DAPENA, José y MARTÍN, Jaime, “*La Mediación Penal juvenil en Cataluña*” Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil. Departamento de Justicia. Revista Restorative Justice Online. Barcelona 1998. Disponible en www.restorativejustice.org.

-DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BERISTAIN, A. *Las víctimas del delito*, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

-DE JORGE MESAS, Luis Francisco “*La mediación en los países de nuestro entorno cultural*” Cuadernos Digitales de Formación Vol 5, 2008, págs. 215-237.

-DEL CARPIO DELGADO, Juana, *Las víctimas ante los tribunales internacionales “ad hoc”*. Tirant lo Blanch. Valencia 2009.

-DEL POZO PÉREZ, Marta “*¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la ley orgánica 1/2004?*”, en *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis* (Coord. MARTÍN DIZ, Fernando) Edit. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, págs. 283-324.

-DEL POZO PÉREZ, Marta, “*La imposibilidad de mediación en la violencia de género*” en *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* (dir. FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, DEL POZO PÉREZ, Marta, y LEÓN ALONSO, Marta). Editorial Andavira, D. L. Santiago de Compostela 2012. ISBN 978-84-8408-656-7, págs. 33-57.

-DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*Mediación y Cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal*” *I Jornadas Técnicas de Mediación. Nuevos enfoques de la Justicia*. Revista 1.Tribuna. Fundación Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía. Consejería de Justicia e Interior. 1-9-2012. Disponible en fundacionmediara.com y en <http://es.scribd.com/doc/73355036>.

-DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “*El Reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad*”, Diario La Ley, nº 6520, 6 de Julio de 2.006.

-DEL VAL, M^a Teresa, “*Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad*”, en *n Una mirada hacia la Justicia*

- Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, págs. 45-55.
- DELGADO ÁLVAREZ, Carmen y SÁNCHEZ PRADA, Andrés, “*La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas*” en *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis* (Coord. MARTÍN DIZ, Fernando) Ed. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, “*El estatuto de la víctima en Derecho Penal español*” CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2004. Vol.58. pág 335-410.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La violencia doméstica: Tratamiento jurídico: problemas penales procesales*. Editorial Colex, Madrid, 2001.
- DÍAZ GUDE, Alejandra, “*La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados*”. Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) en III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos. Disponible en www.justiciarestaurativa.org.
- DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. Julio 2011, en <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>, última consulta 30 de abril de 2012.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Entrevista a Howard Zehr*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, págs 115-117.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia “*Qué es la Justicia Restaurativa*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, pág. 6-11.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Un primer acercamiento a la Justicia Restaurativa (memoria del Servicio de mediación penal de Castilla y León.-año 2011)*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, págs 4-5.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Conclusiones del II Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: origen y beneficios reales y potenciales*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, pág.118-129.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Conclusiones de la 6º Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa”*.

www.justiciarestaurativa.org/news/ConclusionesdelaConferenciaBilbao.pdf/view.

-DOMINGO DE LA FUENTE, V., *“Justicia restaurativa y mediación penal”*, Revista de Derecho Penal. Lex Nova nº 23, enero 2008. Valladolid, 33-68.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Acerca de qué es mediación,, mediación penal y otros conceptos similares y para muchos confusos”* en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, pág 12-14.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Contexto teórico-práctico de la justicia restaurativa en Europa con especial atención a España”* en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012 págs. 70-83.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Encuentros restaurativos ente presos de ETA y víctimas”*. Blog *La otra Justicia*. 7 Marzo 2012. Revista Criminología y Justicia.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“el delito ¿es un simple conflicto?”*. Blog. *La otra Justicia*. 12 Junio, 2013.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Mediación en violencia de género: no, Justicia restaurativa y mediación penal: sí*. Blog *La otra Justicia*. 29 Mayo 2013.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“El estatuto de la víctima: una norma con enfoque restaurativo”*. Blog *La otra justicia*. 30 Octubre 2013.

-DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *“Aquí nadie se rinde”*. Blog *La otra justicia*. 09 Abril 2014.

-ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *“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?”*. Revista Penal nº 18. 2006. pág. 55-101.

-ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia 2008.

-ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *“La Mediación en la Violencia de Género”*, ponencia del Seminario *La Mediación y el sistema de Justicia Penal* celebrado por la SEV -Sociedad española de Victimología- Universidad de Lleida Noviembre 2008.

-ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *“Capacitación de la mujer (“empowerment”) y mediación en la violencia de género”*, en *La respuesta penal a la violencia de género*.

Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista, VVAA, dirigido por PUENTE ABA, Luz María. Edit. Comares, Granada, 2010. Págs. 323 a 342.

-ESTIRADO DE CABO, César, “*Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia..* VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, págs.207-215.

-FÁBREGA RUIZ, Cristóbal y HEREDIA PUENTE, Mercedes, “*La Mediación Intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia*”, Revista “Bajo Estrados” del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en www.poderjudicial.es – Mediación (fecha de consulta 23-06-10).

-FÁBREGA RUIZ, C. y SAEZ R. “*La víctima y la mediación penal*” en *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. VVAA. (coordinado por SÁEZ Ramón). Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010, págs. 52-73.

-FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “*La Justicia penal en nuestro sistema jurídico: de la teoría a la práctica*”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo Madrid, 3-4 de octubre 2002. www.uc3m.es/larevistilla.

-FERNÁNDEZ NIETO, Josefa y SOLÉ RAMÓN, Anna María, *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*. Edit Lex Nova. Valladolid 2011.

-FERREIRO BAAMONTE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

-GALAIN PALERMO, Pablo, “*Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*” Revista Penal n.º 24. Julio 2009.

-GALAIN PALERMO, Pablo, “*¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*”. Redur 3/2005, págs 183-220.

-GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, “*Experiencias de MP de adultos en España*”. Rivista di Criminología, Vittimologia e Sicurezza. Vol.IV, nº 3, Sept-Dic 2010.

-GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, “*La mediación penal de adultos en Portugal*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 12-2010.(ISSN 1695-0194).

-GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, “*El papel de la víctima en la política criminal*” Revista de Derecho Penal y Criminología. 2004, nº extraordinario 2, págs 483-500.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria*”. Cuadernos de Derecho Judicial XV.1993.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*Momento actual de la reflexión criminológica*” en *Estudios de Criminología II*. VVAA.(ARROYO Luis, MONTAÑÉS Juan, RECHES Cristina Coords.). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 52), Cuenca 1999, págs. 17-31.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A, *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
- GARCÍA PALERMO, Pablo, en *La reparación del daño a la víctima del delito*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia 2010.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, “*La Mediación en el sistema español de Justicia penal de menores*”. Revista Criminalidad nº 2.Vol.53. 2011.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “*Marco Jurídico y nuevos instrumentos para un Sistema Europeo de Indemnización a las Víctimas de Delitos*”, Boletín del Ministerio de Justicia nº 1980-1981, 15 de Enero 2005, págs 7-32.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel. *Código de los derechos de las víctimas. Compilación de disposiciones normativas de ámbito internacional, europeo, estatal y autonómico sobre protección de derechos de las víctimas*. Edit. Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2ª Edición. 2007.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “*Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo*” en *Estudios de Victimología: Actas del I Congreso español de Victimología*, VVAA (coord. TAMARIT SUMALLA(1.2004 Lleida). Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs 132-136.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, “*Víctima y Mediación Penal*”. Anales de Derecho nº 26-2008, págs 445-456.
- GARRO CARRERA, Enara y ASUA BATARRITA, Adela, “*La atenuante de Reparación del daño*” en *Atenuantes de reparación y de confesión*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia Febrero 2009.
- GIMENEZ SALINAS COLOMER, Esther, “*La mediación en el sistema de justicia juvenil*”. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, nº 10. San Sebastián, 1996, págs. 193-212.
- GÓMEZ VILLORA, JM, “*Epígrafe 4 “Protocolo sobre Violencia de Género y Mediación”* en *Protocolos sobre Violencia de Género*. GÓMEZ VILLORA, JM. (coord.),

YAGUE RIBES Ana Isabel y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. Enero 2009.

-GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, “*¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?*”. Revista Justicia Restaurativa nº 2-Marzo 2012, págs. 5-36.

-GONZALEZ VIDOSA, Fely, *¿Qué es la ayuda a la víctima?*. Editorial Atelier. Barcelona. 2001.

-GONZÁLEZ VIDOSA, Fely, “*La víctima en la Mediación. 1ª experiencia de adultos en España*”. Revista Poder Judicial nº39. Septiembre 1995.

-GONZÁLEZ VIDOSA, Fely y DE JORGE MESAS, Luis F, “*Mediación: 1ª experiencia de adultos en España*”. Colección Revista Poder Judicial nº 40. Vol. 40 Octubre – Diciembre 1995. Pág. 309-328. También publicado en *Cuadernos de política criminal*. nº 66. (Instituto Universitario de Criminología de Madrid) Edit. Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid 1998. Pág.727-742.

-GORDILLO SANTANA, Luis, “*Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*”. Revista Redur 4/2006, Universidad de La Rioja .

-GORDILLO SANTANA, Luis, *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de Justicia. Análisis y Evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de la Rioja*, Universidad de La Rioja. 2005.

-GORDILLO SANTANA, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: 1ª edición, Iustel, 2007.

-GUARDIOLA LAGO, Mª Jesús, “*Capítulo Sexto. Desarrollo y aplicaciones de la Justicia Restaurativa en prisión*” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM). Edit. Comares. Granada 2012, págs. 187-236.

-GUTIERREZ MARTINEZ, Mª Nieves, “*Mediación Penal: una visión desde el trabajo social y la criminología*” Revista Anales del Derecho. Universidad de Murcia, nº 27-2009, págs 241-258.

-HEREDIA PUENTE, Mercedes “*Perspectivas de Futuro en la Mediación Penal de Adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*”. Diario La Ley nº 7257, Sección Doctrina, 7 de Octubre de 2009. Año XXX.

-HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo y CUELLAR OTÓN, Pablo, “*Mediación Penal: Una Introducción metodológica*”. Revista del Institut. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV. ReCrim2010. 31/12/10, págs 58-96.

- ISSN 1989-6352. Disponible en <http://www.uv.es/recrim/recrim10/recrim10n01.pdf>.
- HERNÁNDEZ RAMOS, C., *Implantación en las Audiencias Provinciales de las Oficinas de Medidas Alternativas a la Prisión*". Revista La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, 2007, Nº 44.
- HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, "*La posición de la víctima y de los perjudicados en el proceso penal*". Revista Estudios Jurídicos nº 2004. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid. Mayo 2004, pág.3333-3357. Disponible en www.cej.justicia.es.
- HIDALGO HUERTA, Juan José, "*Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal*". Revista Jurídica on line. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil –Ecuador- 19 Julio 2011, págs 339-360. (www.revistajuridicaonline.com).
- IÑIGUEZ ORTEGA, M^a Pilar, *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Universidad de Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes 2003. Disponible en <http://hdl.handle.net/10045/3618>.
- JESCHEK, Hans-Heinrid, "*El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad*", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología -Eguzkilore-.San Sebastián nº 9-1995, págs 25-38.
- LANDROVE DIAZ, G. *Victimología*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1990.
- LANDROVE DIAZ, G. *La moderna Victimología*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1998.
- LANDROVE DIAZ, Gerardo, "*Las víctimas ante el derecho español*". Revista nº 21. Págs 169-207. Disponible en www.cienciaspenales.net.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, "*Justicia Restauradora y Violencia Doméstica*" en *La credibilidad de las penas alternativas a la prisión*, Cursos de Derecho. Vol.VIII.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, "*Criminología: abolicionismo y garantismo*". ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales). Vol. L, 1997, págs 132-168. Disponible en www.cienciaspenales.net.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, "*La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 16 Julio 2001. nº 7-08.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, "*Mediación penal de menores en Inglaterra*" en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*. VVAA (edit.

POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). Huygens Editorial 2009.

-LOBO GUERRA, María y SAMPER LIZARDI, Fernando, *La mediación familiar, ¿es posible en aquellos casos en los que ha existido violencia contra la pareja?* Revista de Mediación. Año 4. nº 7. Mayo 2011, págs 8-19.

-LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, “*La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). Criminología y Justicia. ISSN-e 2174-1697, nº 4, 2012, págs. 15-20.

-LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “*Justicia restaurativa y la protección de la víctima*”. Revista pensamiento penal, edic.32. 17-06-06.

-LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, Pilar: “*Presente y futuro de la mediación penal*”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias, Madrid*, Asociación Apoyo 3-4 de octubre de 2002, 33. Actas de las Jornadas en www.uc3m.es/larevistilla.

-MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “*La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español*”, Diario la Ley, n.º7255, Año XXX, 2009.

-MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “*La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 20 Enero 2006. nº 08-02.

-MAQUEDA ABREU, M.L., “*La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral*”, *Revista Penal*, nº 18, julio 2006, págs. 176 a 187.

-MAQUEDA ABREU, María Luisa, “*1989-2009: Veinte años de 'desencuentros' entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja*” en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, penales y laborales* (coord. DE HOYOS SANCHO, Monserrat). Edit. Lex Nova. 2009. ISBN 978-84-9898-105-6, págs. 39-52.

También en REDUR 7, diciembre 2009, págs. 25-35. ISSN 1695-078X.

-MAQUEDA ABREU, María Luisa, “*¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*” en *Género, violencia y derecho* (coord. LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, María Luisa y RUBIO CASTRO, Ana María). Edit. Tirant lo Blanch, 2008, ISBN 978-84-9876-227-3, págs. 363-408.

También en Revista para el análisis del Derecho. InDret 4/2007. Barcelona, Octubre de 2007. Disponible en www.indret.com.

Y en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/4.pdf>.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “*La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento*”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 6 (2011), págs. 79-108.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS Elena B. *La violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Edit.Comares. Granada 2001.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca “*La respuesta del Derecho ante la violencia doméstica*” en *Violencia sobre las mujeres. aspectos psicosociales y jurídicos* Editorial: Europa Unión 2005, págs. 99-114.
- MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. Universidad de Salamanca 2011. Disponible en www.gredos.usal.es.
- MARQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. “*La Mediación como mecanismo de justicia restaurativa*”. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho. Vol.15, nº 29, 2012, págs 149-171. ISSN-e 0121-182X.
- MARTÍN BARBERÁN, Jaime, “*La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos*”. Revista Poder Judicial nº 58 – 2º trimestre 2000. Vol. 58. pág. 213-260.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “*Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de Administración de Justicia*”. Newsletter do GRAL, n.º3, 2010, disponible en http://www.gral.mj.pt/userfiles/Articulo_mediacion_FERNANDO_MARTIN.pdf.
- MARTÍN DIZ, Fernando (Coord.) *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Ed. Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “*Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada*”. Ponencia, en Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal. La Coruña, 2 y 3 de Junio de 2011.
Disponible en <http://hdl.handle.net.2183/9198>.
- MARTINEZ ARRIETA, Andrés, “*La mediación y su incorporación al proceso penal español*”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre de 2002. Disponible en w.uc3m.es/larevistilla.
- MARTINEZ ARRIETA, Andrés, “*La víctima en el proceso penal*”. Actualidad Penal 1990. Págs. 41-56.
- MARTINEZ GARCÍA, Elena, “*Mediación penal en los procesos de violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el ius puniendi del Estado*”. Revista de Derecho Penal nº 33- 2011, págs. 9-32.

-MARTINEZ SOLARES, Verónica, “Victimas y Justicia Penal” en *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia penal*. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y VARGAS CASILLAS, Leticia (coords.). IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica nº 129, 1ª edición. 2003, págs 213-236.

Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum//cont/65/pr/pr28.pdf.

También publicado por la revista CODHEM (Comisión de Derechos Humanos del Estado de México). Enero-Febrero 2004, págs. 76-88.

-MARTÍNEZ SOTO, Tamara, “Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido”. Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 1, 2011. ISSN-e 1989-3892.

-MAZA MARTÍN, José Manuel, “Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito”. Cuadernos Derecho Judicial 1994. Vol. 29, pág. 157-222.

-MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco “Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos”. Curso de Mediación Penal. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol. 55. CGPJ 2009.

-MONTESQUIEU. *Del espíritu de la Leyes*.

-MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro” en *Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo Sr. D. Luis Portero García*. Publicaciones Universidad de Granada 2001. También en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-06.2002, disponible en criminetugr.es/recpc

-MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. Dyckinson S.L. Madrid 2010.

-MORILLAS FERNÁNDEZ, PATRÓ HERNÁNDEZ y AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson S.L. Madrid 2011.

-MUÑOZ CONDE, F, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-OCROSPOMA PELLA, Enrique, “La reparación penal”. 15 Sept 2002. Disponible en Derecho.com. Ed. [http:// www. derecho.com/boletín/articuloO151.htm](http://www.derecho.com/boletín/articuloO151.htm).

-OLAVARRÍA IGLESIA, Teresa, “El Ministerio Fiscal en los procesos de mediación penal”. Estudios Jurídicos nº 2010- 2010.

-ORDEÑANA GEZURAGA, Itxusko, “Mediación Penal: una alternativa que funciona”, *XVII Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible* (17.

2009. Vitoria-Gasteiz). VVAA. (coord. BORJA ANTÓN). Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012, págs 1937-1956. ISBN: 978-84-8419-232-9.
- ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “*Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*”. Fundación Alternativas 2007. Disponible en www.falternativas.org.
- PALMA CHAZARRA, Luhé, *Mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*. Edit. Universidad de Sevilla 2007.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2012. Disponible en eprints.ucm.es/16592/1/t33979.pdf.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther “*Fase de negociación en la Mediación Penal con adultos. El encuentro entre las dos partes : persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta*”, en *La Mediación Civil y Penal: un año de experiencia* (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RIOS MARTÍN Julián C.) Edit. Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial 136, Madrid 2007.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, “*La Mediación en el Derecho Penal de Adultos: un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid*”. CGPJ 2010. Disponible en: www.poderjudicial.es -Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).
- PASCUAL E, RIOS,J, SAEZ, C y SAEZ R, “*Una experiencia de mediación en el proceso penal*”, Boletín Criminológico nº 102, En/Febr. Málaga 2008, págs. 1-4.
- PASTOR SÉLLER, Enrique y HUERTAS PÉREZ, Elena. “*La mediación penitenciaria como método alternativo de resolución de conflictos entre internos en el ámbito penitenciario*” Revista Derecho Vol. 8 No. 2, 2012 (Julio- Diciembre), págs 138-153.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “*Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*”. en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Vol. I. VVAA. (dirigido por ARROYO ZAPATERO, Luis, y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y coordinado por NIETO MARTÍN, Adan). Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca 2001. Págs. 443-478.
- PÉREZ DE MATEIS, Laura S. y ORTIZ ALMONACID, Juan Luciano, “*Mediación Penal: una solución alternativa*”. Ponencia presentada en el *III Encuentro de las Américas para la Resolución de Conflictos* celebrado en Viña del Mar, Chile. 22 y 24 de Septiembre de 2004. Disponible en www.amja.org.ar.

- PÉREZ SANZBERRO G. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.
- PERRUCA ALBADALEJO, Victoriano, “*El estatuto de las víctimas ante el tribunal penal internacional*”. Noticias jurídicas.com. Enero 2005.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*La mediación en España y perspectivas internacionales*” en *Derecho, proceso penal y victimología*, VVAA (dir. por REYNA ALFARO, Luis Miguel). Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003. Disponible en conf-mediacion perspectivas.doc.
- También en REYNA ALFARO, L. M. (Coord.), *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, Ara Editores, Lima, Perú, 2003, págs. 319-368.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “*Victimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación*” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Enero-Abril, fascículo 1, MCMXVI, 1996, págs 129 y sig.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*La víctima y el Derecho Penal*” en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología (1.2004 Lleida)*. VVAA, (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM) Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs. 15-26.
- RAGUÉS VALLÉS, Ramón en “*La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo. Comentario a la STS de 24 Noviembre de 1995*” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. XLIX, fasc. II.1996, págs 795-822.
- REYNALD OTTENHOF, “*¿De qué protección penal disponen las víctimas?*”. Revista Eguzkilore (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología) nº 25, San Sebastián. Diciembre 2011, pág. 127-133.
- RÍOS MARTÍN, Julian Carlos, “*Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*”. CGPJ 2010. Disponible en www.poderjudicial.es Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).
- RÍOS MARTÍN, Julián C. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis; GALLEGO DÍAZ, Manuel; CABRERA, Pedro; JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat , “*Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*”. CGPJ 2008 (a iniciativa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ). Disponible en: www.poderjudicial.es
- Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).

- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; Pascual Rodríguez, Esther; Sánchez Álvarez, Pilar; Garrido, Rosa María; García Canales, Julieta; Bibiano Guillén, Alfonso; Lozano Francisca; Pascual, Rafael; Moreno, Fátima; Cuñarro, Carmen; Martínez Escamilla, Margarita y Segovia Bernabé, José Luis. “*Justicia restaurativa. Análisis de una experiencia de MP en los órganos jurisdiccionales de Madrid (2005-2008)*” CGPJ. Disponible en: www.poderjudicial.es-Mediación.
- RÍOS MARTÍN, Julián y OLAVARRIA IGLESIA, Teresa “*Conclusiones del curso la mediación civil y penal. dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales*” en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*. VVAA (dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita y RÍOS MARTÍN, Julian Carlos). Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. Vol 136, 2007, pág 253 a 302.
- RIOS MARTÍN, JC, PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penal y penitenciaria*. Edit. Colex. Madrid, 2006.
- RÍOS MARTIN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., BIBIANO GUILLÉN, A., LOZANO ESPINA, F. *La Mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. COLEX. Madrid, 2012 (3ª ed.).
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la Víctima*. Ed. Porrúa. México 2002 y 2010.
- ROIG TORRES, Margarita, en “*Algunos apuntes sobre la Evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito*”. Revista Ciencias Penales nº 22, disponible en www.cienciaspenales.net.
- ROLDAN BARBERO, Horacio, “*La Mediación Penal entre el orden legal y la voluntad de mejorar*” Revista de Derecho Penal nº 11. 2003, págs. 118-138.
- ROXIN, CLAUS. *Pena y Reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Vol. LII, 1999. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal). Edit. Civitas. Madrid 1997.
- ROXIN CLAUS. *Derecho Penal. Parte General Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas ediciones, S.L., Madrid 2006.
- ROXIN CLAUS. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

- ROXIN, CLAUS, “*Problemas actuales de la Política Criminal*”, págs.87-105. Disponible en biblio.jurídicas.unam.mx/libros/1/40/5//pdf.
- ROXIN, CLAUS, “*Cambios en la teoría de los fines de la pena*” en ROXIN, Claus *La teoría del delito en la discusión actual* (traducción de. Manuel Abanto V., Edit. Grijley, Lima, Perú, 2007, págs. 69-88.
- ROXIN, CLAUS. “*El principio de culpabilidad y sus cambios*”. (Traducción y edición: Manuel Abanto Vásquez) en *Dogmática Penal y Política Criminal*. Edit. IDEMSA. Lima, Perú, 1998, págs. 298-324.
- RUIZ RICO Y RUIZ MORON, Julia y OROZCO PARDO, Guillermo, “*La mediación familiar en el derecho español (especial referencia a la ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero)*”. Revista Mediara 1. Cuadernos. Septiembre 2012.
<http://www.revistamediara.es/articulos/12/la-mediacion-familiar-en-el-derecho-espanol>.
- RUIZ VADILLO, Enrique, “*La Mediación Penal*”. Revista Eguzkilore. Número Extraordinario 13. San Sebastián Marzo 1999, págs. 311 – 321.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*Mediación Penal. Informe de evaluación y situación*”. Edit. Cuadernos Digitales de Formación Vol. 60. CGPJ 2010.
- SAEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La Mediación en el Proceso Penal: experiencia piloto en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid*”. Disponible en: www.poderjudicial.es - Mediación (fecha de consulta: 23-06-10).
- SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, “*La mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España. 1998-2011*” en Cuadernos penales Jose María Lidón, nº 8. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, págs 127-190.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*”. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia año LXII. nº 2062 -1 de Junio de 2008, págs. 1757-1770.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “*La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*”, Ponencia del Curso de Alternativas a la judicialización de los conflictos. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 2006 nº 111. Págs.35-86.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Pilar, “*La mediación penal comunitaria: la experiencia de la Asociación Apoyo en los Juzgados de Madrid*”, en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, Madrid, 3-4 de octubre 2002. www.uc3m.es/larevistilla.

- SÁNCHEZ ALVAREZ, Pilar, “*La mediación como alternativa a la justicia*”. Revista Crítica, año 58, nº 954, 2008, págs. 62-65. (Ejemplar dedicado a: *¿Qué le pasa a la justicia?*), ISSN 1131-6497. Disponible en www.revista-critica.com.
- SÁNCHEZ ALVAREZ, Pilar y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “*La Mediación Penal comunitaria de adultos: experiencia y propuestas de lege ferenda*” SIX, J- F. *Dinámica de la Mediación*. Piados, Barcelona, 1997.
- SANCHEZ GONZÁLEZ, Antonio, “*Reacciones de las víctimas ante el desarrollo del proceso policial y judicial de su caso*”. Disponible en www.fundacionfive.com.
- SAINZ CANTERO. J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Edit. Bosch. Barcelona, 1990.
- SANZ HERMIDA, Ágata, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Iustel. Madrid 2009.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, en “*La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), nº 57.VOL. LVII, 2004. Pág 219-310.
- SARRADO SOLDEVILA, Juan José, *Análisis de los resultados de los programas de mediación en ámbito de la justicia penal juvenil catalana* Edit. Bellaterra, Barcelona, 1999.
- SEONA GARCÍA, Antonio, “*Justicia agobiada. Jueces estresados*”. Boletín de información nº 60. Edit. Jueces para la Democracia, Diciembre 2013. págs. 10-11.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación*”. Revista Poder Judicial. nº 45. Primer trimestre 1997.
- SORIA, M.A., ARDAMANS, I, VIÑAS, M.R., MANZANO, J., “*Mediación penal adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas*”, Revista de Psicología Social, 2008, Vol. 23, nº 2, 2008, págs. 163-169. ISSN 0213-4748, ISSN-e 1579-3680.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa*”. Revista Eguzkilore nº 26 (Cuaderno del Instituto vasco de Criminología), San Sebastián 2012, pág 143-153.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Edit. Comares, Colección Estudios de Derecho Penal y Criminología nº 73. Granada 2006.

- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “*La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 10 Agosto 2010. nº 12-05.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. *La víctima en el Derecho Penal: de la Victimología a una dogmática de la víctima*. Edit. Aranzadi. Pamplona 1998.
- TAMARIT SUMALLA, J.M,(coord.)*Victimas olvidadas*, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010.
- TAMARIT SUMALLA, J.M “*La protección de las víctimas en el sistema penal*”. Disponible en www.fundacionfive.com. Publicado con el título “¿hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? en *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología (1.2004 Lleida)*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs 27-45.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. “*El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, 139-160 eISSN: 2340-5155.
- TARDON OLMOS, María. “*El estatuto jurídico de la víctima*”. Revista *Cuadernos de Pensamiento Político* nº 19. Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Julio 2008, págs 11-24. Disponible en www.fundacionfaes.org.
- TORRADO TARRÍO, Cristina “*Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos*” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido* (coord. Domingo de la Fuente). *Criminología y Justicia*, ISSN-e 2174-1697 nº 4, 2012, pág.84-87.
- VALL RIUS, Anna, y GUILLAMAT RUBIO, Ansel, “*Mediación y violencia de género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal*”. Revista de Mediación. Año 4. nº 7. Mayo 2011 págs. 20-25.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio- Diciembre de 2007)*”, de marzo de 2008, disponible en www.justizia.net y <http://www.geuz.es>.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (Octubre 2008- Septiembre 2009)*”, de diciembre de 2009, disponible en www.justizia.net y <http://www.geuz.es>.

- VARONA MARTÍNEZ, Gema, (por parte de la institución del Ararteko: Iñigo Lamarca, Julia Hernández, Faustino López de Foronda, Amaia Pagola, Nieves Oca), *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario de la institución del ARARTEKO al Parlamento Vasco*. ARARTEKO (Defensor del Pueblo Vasco). Vitoria-Gasteiz. Junio 2009.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Criterios de evaluación en la Justicia Restaurativa. Análisis Comparado e Internacional*”. (Comunicación presentada dentro de la Mesa Redonda *Justicia Restauradora: evaluación de las experiencias existentes* en el II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Victimología *Conocer, Reconocer y Reparar a las víctimas* Donostia-San Sebastián 25-27 Junio 2007). *Boletín Electrónico de Bitartoki/Observatorio Vasco de Mediación*, accesible en: <http://www.bitartoki.com>.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, “*Justicia Restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados*” (Texto de la intervención en el *Encuentro Internacional en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain*, Donostia/San Sebastián, 4 de noviembre de 2011). EGUZKILORE Número 26. San Sebastián 2012, págs. 201 – 245.
- VILALTA NICUESA, Aura Esther, “*Capítulo 2. El marco jurídico: derecho comparado*”, en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA). Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011, pág. 147, 158.
- VILSON FARIAS, *La reparación de la víctima desde un enfoque criminológico y civil*. Editorial de la Universidad de Granada 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención*” (ponencia del III Congreso español de Victimología celebrado en Madrid los días 12 y 13 de Noviembre de 2009), en *Víctimas olvidadas* VVAA. (coord. TAMARIT SUMALLA, J.M), Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág.173-202.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “*Protección internacional de las víctimas*” en *Manual de Victimología*, coordinado por E. BACA BALDOMERO. Valencia Tirant lo Blanch. 2006.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La Justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)*” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), Edit. Comares. Granada 2012, págs. 89-130.

- VIÑUELAS LIMARQUEZ, María, “*La víctima. Estatuto y mecanismo de protección*” Disponible en www.mjusticia.gob.es. Noviembre 2010.
- VVAA dirigido por BARONA VILAR, Silvia, *La Mediación Penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España , EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- VVAA (dir. DE HOYOS SANCHO, Montserrat). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- VVAA (coord.. LAURENZO COPELLO, Patricia, MAQUEDA ABREU, María Luisa y RUBIO CASTRO, Ana María). *Género, Violencia y Derecho*. Edit. Tirant lo Blanch, 2008.
- VVAA, dirigido por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C. y RÍOS MARTÍN, J.C, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. Vol. 136, Madrid 2007.
- VVAA (coord. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. Edit. Sal Terrae. Santander. Octubre 2013.
- VVAA (dir. POMPEU CASANOVAS, Jaume MAGRE, M^a Elena LAUROBA. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Edit. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 2011.
- VVAA (edit. POMPEU CASANOVAS, NÚRIA GALERA y MARTA POBLET). *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la justicia*. (contribuciones al Proyecto del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña). Huygens Editorial 2009. Disponible en www.huygens.es/ebooks.
- VVAA(dir. PUENTE ABA, Luz M^a.; coords, RAMOS VÁZQUEZ José Antonio y SOUTO GARCÍA, Eva María), *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal*; Edit. Comares. Granada 2010.
- VVAA, coordinado por SÁEZ RAMÓN. *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. Edit. Cuadernos Digitales de Formación. Vol.60. CGPJ 2010.
- VVAA, coordinado por SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción, *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*. Edit. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2008.

- VVAA (coord. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Pilar) *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Editorial Agape, Madrid, 2010.
- VVAA, coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM, *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de Victimología (1.2004 Lleida)*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.
- VVAA (coordinado por TAMARIT SUMALLA, JM), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Edit. Comares. Granada 2012.
- VVAA (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, coord. MORENO-TORRES HERRERA, Mª Rosa). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.
- VVAA, *Justicia y seguridad para las víctimas del conflicto armado. Análisis con perspectiva de género*. Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la paz. IMP. Abril 2009. Disponible en www.mujeresporlapaz.org.

II. MEMORIAS, INFORMES, SEMINARIOS, CURSOS Y OTRAS REFERENCIAS:

1.-Consejo General del Poder Judicial :

- Libro Blanco de la Justicia* (aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 8 de Septiembre de 1997). CGPJ 1998.
- Conclusiones del Seminario “*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”. Madrid, 12-14 de septiembre, 2007. Consejo General del Poder Judicial. Colección Conclusiones de Seminarios. Vol. 9-2007 (SE-07047).
- Conclusiones sobre el Seminario de Mediación Penal (Madrid, uno a tres de Junio de 2005). Colección Conclusiones de Seminarios Vol. 7- 2005. CGPJ.
- Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la judicialización de los conflictos*. CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de formación continua 2006. 6,7,8 noviembre 2006. Estudios de Derecho Judicial. Vol. 136, 2007.
- “*Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre Alternativas a la judicialización de los conflictos*” CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de formación continua 2007. 1, 2 y 3 de octubre, 2007. Estudios de Derecho Judicial Vol. 136, 2007, pág. 253 a 302.
- Ponencias en *Jornadas del orden jurisdiccional penal* sobre “*Racionalización de la instrucción y criterios a tener en cuenta en la fase de enjuiciamiento y mediación penal*”. CGPJ. Cazorla 6-8 Noviembre 2006.

- Memorias del CGPJ de 2012 y 2013.
- Informe del CGPJ sobre “*La Mediación en el Proceso Penal*”, disponible en la página web del Consejo General del Poder Judicial.
- Informe sobre las principales actuaciones desarrolladas en ejecución del Plan de Modernización de la Justicia, elaborado en fecha 9 de Febrero de 2010 e informe de 2011.CGPJ.
- Informe del CGPJ *sobre Violencia Doméstica*. 2001.
- Informe CGPJ Avance 2010, publicado en Febrero 2011.
- Informe del CGPJ de 2011.
- Informe relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Aprobado por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ en fecha 8 de Enero de 2013.
- Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctimas del delito, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha 3 de Enero de 2014.
Y Voto particular, en Nota de servicio interior del CGPJ de fecha 3 de febrero de 2014. Disponible en www.poderjudicial.es.
- “Plan de Modernización de la Justicia” aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 12 Noviembre de 2008.
- “Hoja de Ruta para la modernización de la Justicia”.CGPJ. Consulta Noviembre de 2009.
- Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia. CGPJ. 2002.

2.-Fiscalía General del Estado:

- Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados celebradas en León los días 15 y 16 de marzo León de 2010.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1992, con el título “Protección a las víctimas de los delitos”.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2011.

- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012.
- Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013.
- Memoria de la Fiscalía de Violencia a la Mujer en la Comunidad Autónoma de Andalucía de 2009.
- Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2013.
- Instrucciones y Circulares varias de la Fiscalía General del Estado.

3-Otros:

- “*Documento de Conclusiones Generales*”. Encuentro de Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia de España, celebrado los días 13 y 14 de noviembre de 2013 en Ceuta. Edit. Ministerio de Justicia.
- Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos 4 y 5 de Marzo de 2010.
- Seminario “*La Mediación y el Sistema de Justicia Penal*” organizado por la Sociedad Científica Española de Victimología. Universidad de Lleida. 14 de noviembre de 2008.
- Conclusiones del Seminario nº 50/2008 “*La visibilidad o invisibilidad de la víctima*” organizado por la Fundación FIVE (Instituto de Victimología) en colaboración con la Fundación Alternativas. Madrid 29 de Febrero 2008. Disponible en www.falternativas.org, seminarios y jornadas nº 50/2008, ISBN 978-84-92424-20-7.
- I Jornadas sobre Mediación Penal y Drogodependencias*. Asociación Apoyo. Madrid 3 y 4 de Octubre 2002. Cf. Actas de las Jornadas en www.uc3m.es/larevistilla.
- I Jornadas Técnicas de Mediación. Nuevos enfoques de la Justicia* convocadas por la Fundación Mediara. 20-21-October de 2011. Puerto de Santa María (Cádiz). Revista 1. Tribuna. Fundación Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía. Consejería de Justicia e Interior. Disponible también en fundacionmediara.com.
- Memorias de 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 del Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Asociación AMEPAX.
- Protocolo Penal* de Junio de 2008, elaborado por la Comisión de Mediación del Foro por la Justicia (disponible en forojusticia.cgae.es).
- Convenio de colaboración entre la Fiscalía de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Madrid para la orientación jurídica y psicosocial destinada a la protección de las víctimas y perjudicados de delitos, en oficinas judiciales integradas en la red regional de

oficinas judiciales locales y de distrito de la Comunidad de Madrid y en el Servicio de Atención a las Víctimas. Madrid 29 Diciembre de 2009.

-Plan de acción 2012-2014 de la Administración de la Justicia. Secretaria de Estado Junio 2012. Disponible en página web del Ministerio de Justicia.

-*Boletín informativo de la Secretaría General para la Justicia*, nº 10. Mayo 2013
Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía.

-*Entrevista a Esther Pascual Rodríguez*. eldiarionorte.es 12/10/2013. Disponible en

http://www.eldiario.es/norte/euskadi/doctrina_Parot-encuentros_restaurativos-Via_Nanclares-presos_etarras_disidentes-Tribunal_de_Estrasburgo_0_184782293.html.

III-LEYES CONSULTADAS:

1.-Legislación internacional:

A-Naciones Unidas:

-Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

-Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas *sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de 20 de diciembre de 1993.

-IV Conferencia Internacional de Beijing de 1995.

-Recomendación 1999/26, de 28 de Julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre Desarrollo e implantación de medidas de mediación y de Justicia restaurativa en la Justicia Penal.

-Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de abril de 2002, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, sobre principios básicos en el uso de programas de Justicia restaurativa en el ámbito penal.

-Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2003, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en material penal”.

-Resolución 1998/23 de 28 de Julio de 1998 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de las Naciones Unidas.

Otros documentos internacionales:

-La respuesta de la justicia penal en apoyo a las víctimas de actos de terrorismo. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena. Julio 2011. Edición revisada. Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

-Manual de programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas. Edit. Naciones Unidas. Nueva York. Noviembre 2006.

B.-Legislación europea:

-Decisión Marco de fecha 15 de Marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

-Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005.

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

-Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

-Recomendación R (85) 11, 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.

-Recomendación R (87) 21, de 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.

-Recomendación R(99) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de Septiembre de 1999, en relación con la mediación en asuntos penales.

-Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

-Recomendación (2002)10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en materia civil.

-Recomendación R (2006) 8 del Consejo Europeo sobre asistencia a las víctimas de delito, que sustituye a la Recomendación (87) 21.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE(Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 274 final).

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité

de las Regiones: Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE” [COM(2011) 274 final] y la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”(COM(2011) 275 final). Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea 15.2.2012. C 43/39

-La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de Septiembre de 2012, sobre la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*.

-Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Publicada en fecha 14.11.2012 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

-Dictamen del Comité de las Regiones —Paquete de medidas sobre los derechos de las víctimas (2012/C 113/11). (Diario Oficial de la Unión Europea 18.4.2012, pág 56-61).

-Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Bruselas, 18.5.2011 COM(2011) 275 final.

-Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01). (Diario Oficial de la Unión Europea 28-6-2011).

-Dictamen del Comité Económico y Social de 27 de Mayo de 2002 sobre “*Libro Verde. Indemnización a las víctimas de delitos*”.

Otros documentos europeos:

-*Código de Conducta Europeo para los Mediadores*, publicado por la Comisión Europea en julio de 2004.

Disponible en ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

2.-Legislación nacional:

-Constitución Española.

-Código Penal.

-Ley de Enjuiciamiento Criminal de año 1882.

-Ley Orgánica del Poder Judicial.

-Ley Orgánica General Penitenciaria.

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.
- Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 19/1994, de 23 de Diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.
- Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.
- Ley 1/2008, de 4 de diciembre, *para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias*.
- La Ley 29/2011, de 22 de Septiembre, de *Reconocimiento y Protección Integral a las víctimas de terrorismo*.
- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre.
- LEY 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- DECRETO 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto 375/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía. BOJA núm. 8, de 13 de enero 2012.
- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Estatutos de Autonomía de las distintas CCAA.
- Anteproyecto Ley de Enjuiciamiento Criminal (Julio 2011).
- Proyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal presentada en Febrero de 2013 (Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012).
- Anteproyecto de la Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal.

IV. OTROS TEXTOS:

-Estatutos de la Sociedad Española de Victimología.

-*Diccionario esencial de la Lengua Española*. Espasa Calpe. Madrid 2006.

-*Diccionario Panhispánico de Dudas*, publicado por la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española. Edit. Santillana. Madrid 2006.

V-PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

- <http://www.cj-worldnews.com>. Blog. *La otra Justicia*. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia.

-www.cfnavarra.es

-www.cej.justicia.es.

-www.cienciaspenales.net.

-http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

-www.euforumrj.org

-www.eumed.net/rev.cccss/11.

-[http/eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

-www.falternativas.org.

-www.fiscal.es.

-<http://forojusticia.cgae.es>

-www.fundacionfaes.org. (fundación para el análisis y los estudios sociales-FAES).

-www.fundacionfive.com (fundación FIVE: Instituto de Victimología).

-www.fundacionmediara.es

-www.gencat.cat.

-www.gemme.eu.

-www.geuz.es.

-<http://hdl.handle.net>.

-www.inavem.org.

-www.institutodevictimologia.com.

-www.jurídicas.unam.mx/

-www.justizia.net.

-www.justiciarestaurativa.org.

-www.larevistilla.org.

-www.mediacionandalucia.es.

- www.mediacionypacificacion.es.
- www.mjusticia.es
- www.mujeresporlapaz.org.
- www.poderjudicial.es.
- www.redsafeworld.net.
- www.restorativejustice.org.
- www.revista.consumer.es.
- www.revistajuridicaonline.com.
- www.victimassupporteurope.eu/.