

# La introducción de la justicia restaurativa en el sistema jurídico penal

~Silvia María Rosales Pedrero~

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia FICP.

**Sumario.-** El presente trabajo tiene por objeto la aproximación a las principales corrientes doctrinales en torno a la Justicia restaurativa, con especial referencia a la inclusión en el sistema jurídico penal de la figura de la mediación como herramienta, a tenor del debate que se plantea al respecto, y la falta de consenso entre los defensores de cada una de las alternativas.

**Summary.-** The present work aims at the approximation of the main doctrinal currents around Restorative Justice, with special reference to the inclusion in the criminal legal system of the figure of mediation as a tool, according to the debate that arises in this respect, And the lack of consensus among advocates of each of the alternatives.

**Palabras clave.-** Justicia restaurativa; justicia reparadora; mediación; víctima; victimario

**Keywords.-** Restorative justice; mediation; victim

## I.- Introducción

A medida que el Estado se ha ido consolidando como tal en sentido moderno, ha monopolizado el derecho de castigar, produciéndose el paso de un derecho penal privado a un derecho penal público, con la marginación de la víctima del sistema penal y su reducción a “abstracción jurídica”, a sujeto “neutro”, a “mero objeto de investigación procesal”<sup>1</sup>. Así las cosas, cabe decir que modernamente el sistema punitivo se ha caracterizado por no dar respuesta a los intereses de las víctimas y, de forma añadida, por comportar un perjuicio para éstas derivado de su paso por la Administración de Justicia Penal –es la denominada victimización secundaria- que agudiza los efectos del delito y profundiza en general en la estigmatización de la víctima. A este respecto conviene destacar que, aunque tradicionalmente se ha regulado en sede penal la responsabilidad civil derivada del delito, tal cuestión, aún siendo importante, representa solamente una pequeña parte de lo que necesita la víctima<sup>2</sup>.

En este contexto, la irrupción de la Victimología ha contribuido en buena medida a paliar la situación de olvido de la víctima, de forma tal que en la actualidad no solo existe gran número de trabajos orientados a su estudio desde un punto de vista jurídico, sino que dicha corriente ha obtenido ya cierto reflejo legal a nivel internacional y

---

<sup>1</sup> Las expresiones son de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal”, en *Doctrina Penal*, 1990. Pp. 173, 174 y 177).

<sup>2</sup> QUINTERO OLIVARES, G, “La víctima y el Derecho Penal”, Tamarit Sumalla, J.M. (coord.): *Estudios de Victimología*. Actas del primer congreso español de victimología, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

comunitario, así como en los derechos nacionales de nuestro entorno jurídico-cultural, y también, con algo más de retraso en la legislación española.

Podemos decir que al margen del derecho positivo, han persistido importantes reticencias en el ámbito jurídico –teórico y práctico- a profundizar en el reforzamiento de la posición de la víctima en el sistema penal, con fundamento en la idea de que otorgar una mayor consideración a la víctima, preocuparse por su bienestar o sus intereses en el marco penal, entraña necesariamente una desvirtuación de la naturaleza pública de dicho sector del ordenamiento jurídico, además de una intensificación punitiva y de un deterioro, en general, de la situación del victimario. Frente a tal planteamiento surge otra línea de pensamiento con la consideración de que la inserción de los derechos de las víctimas en el ámbito de la justicia penal no puede articularse de forma disyuntiva a los derechos del delincuente o a los intereses generales, sino que ambos planos –en rigor, tres: víctima, delincuente y Estado- han de armonizarse y concebirse en términos complementarios.

## **II.- Justicia restaurativa: aproximación al concepto.**

En el contexto ya descrito, la justicia restaurativa, acreedora también de otras denominaciones como justicia reparadora y/o restauradora<sup>3</sup>, recibe esta denominación por oposición a la justicia retributiva, caracterizada por el monopolio del Estado en el ejercicio del “ius puniendi”. Es una teoría de la justicia que enfatiza la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo. Esta concepción de la justicia propone restaurar la armonía social, recomponer los lazos humanos y sociales rotos, en vez de castigar y provocar nuevas rupturas, y aspira a superar el paradigma retributivo con un afán por mirar más hacia el futuro que hacia el pasado.

Los sistemas de justicia restaurativa ponen el acento en la idea de “restoration”, de “hacer bien las cosas”, de reparar el daño causado en lugar de imponer más sufrimiento,

---

<sup>3</sup> La triple nomenclatura es utilizada por ejemplo en MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «La mediación penal», Diario LA LEY, 10 de marzo de 2008, núm. 6900, <http://diariolaley.laley.es>, pág. 5. Incluso hay quien habla también de justicia «participativa»; así, por ejemplo, BARALLAT LÓPEZ, J. «La mediación en el ámbito penal», Revista Jurídica de Castilla y León 2013, núm. 29, págs. 1-17, esp. pág. 3 a la hora de distinguir entre justicia retributiva y restaurativa.

tanto a la víctima como al infractor, haciendo a la comunidad partícipe en la gestión del delito<sup>4</sup>.

Con estos contenidos, la idea de la justicia reparadora se plasmó en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y ganó impulso a través de los Simposios internacionales de Victimología de Adelaide (Australia) en 1994, Amsterdam en 1997 y Montreal en 2000. Los referidos contenidos pueden sintetizarse en la definición de la justicia reparadora elaborada por MARSALL<sup>5</sup> como “*un proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva el modo de tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro.*”.

El proceso reparador puede materializarse en una diversidad de prácticas, entre las cuales la más conocida en nuestro entorno es la mediación. Sin embargo, el hecho que en determinados ámbitos científicos y culturales se haya impuesto la expresión justicia reparadora obedece en buena medida al desarrollo de experiencias que van más allá de la mediación.

Las primeras prácticas restaurativas parten de la comunidad menonita de Canadá donde, hacia los años setenta, se impulsan los *Victim Offender Reconciliation Programs*. Una década más tarde, en los Estados Unidos se ponen en marcha los *Victim Offender Programs*. A estas iniciativas cabe sumar las prácticas de *conferencing* (*Family Group Conferencing*, modelo *Wagga* y el modelo de *Queensland*), y los “círculos de sentencia”, herederos de ciertas prácticas nativas de los indios norteamericanos, así como la mediación penal. Estas nuevas experiencias buscan, como efecto añadido a los programas de mediación, la involucración de la comunidad en el proceso, compensando así uno de los puntos débiles de los sistemas orientados preferentemente hacia la mediación, que adolecen de un cierto enfoque reduccionista del hecho delictivo como conflicto bilateral entre autor y víctima, cuando el carácter delictivo del hecho deriva precisamente de que el mismo afecta a la comunidad, de un modo particular al entorno de la víctima y el victimario.

---

<sup>4</sup> Ya en 1981, con inspiración en las ideas de, CRHISTIE, N. (1977) «Los conflictos como pertenencia», *The British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1, enero, se puso en marcha en Noruega un programa de mediación entre víctima y ofensor para los menores que delinquieran por primera vez. La autora reclamaba la devolución del conflicto a las partes y proponía un modelo de justicia de corte vecinal, participativo y desprofesionalizado.

<sup>5</sup> MARSHALL, T., *Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996*, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996 n° 4, p.37.

Como resume *Tamarit Sumalla*<sup>6</sup>, los postulados de la justicia reparadora pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley.

b) La realización del hecho delictivo crea una situación en la que se abre una serie de riesgos y oportunidades para enmendar el estado de cosas que había podido favorecer el delito y para reparar las consecuencias del mismo.

c) Una intervención reparadora debe abordar como prioridad la atención a la víctima primaria y en segundo lugar a las víctimas secundarias. Para el ofensor se abre la oportunidad de mejorar su intervención con la comunidad.

d) La respuesta reparadora ante el delito tiene como principios la mínima coerción, la cooperación y el restablecimiento de las relaciones humanas.

e) La justicia reparadora trata de establecer una estructura cooperativa que favorezca la asunción de responsabilidades.

f) La participación de las personas interesadas en los procesos reparadores exige que se asegure estrictamente su libertad de intervención y el carácter voluntario de la producción de acuerdos.

g) El proceso reparador exige una conducción tutelada y profesionalizada. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo.

h) El acuerdo reparador que pone término a un proceso de mediación debe contener compromisos razonables y proporcionados, respetuosos con la dignidad humana.

i) Son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización que se sirvan, en la medida de lo posible, de la comunicación natural».

### **III. La Justicia restaurativa en el derecho internacional y europeo**

---

<sup>6</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., «La justicia reparadora: ¿Una justicia para la víctima?», en *Manual de Victimología*, Baca y Echeburúa (coord.), Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

La idea de introducir la mediación en el sistema penal actual cuenta con el aval de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la propia Unión Europea, tal y como revelan las numerosas propuestas, recomendaciones e instrumentos normativos elaborados desde estas instancias<sup>7</sup>.

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001<sup>8</sup>, establece que los Estados miembros deben promover la mediación en las causas penales para las infracciones que sean adecuadas a este tipo de medida. De esta manera, se impulsa la mediación como medio de reparación de los daños producidos a las víctimas de un delito que puede recibir mejor satisfacción que con el uso del aparato penal del Estado que persigue fundamentalmente la imposición de una pena<sup>9</sup>.

En el mismo sentido, su artículo 10 insta a los Estados a impulsar la mediación para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida, así como a tomar en consideración todo acuerdo entre víctima e inculcado alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

Por tanto, la Justicia restaurativa tiene como principal instrumento la mediación y ésta, en palabras de BONAFÉ-SCHMITT, supone un nuevo modelo de regulación social que no se limita a la mera gestión de conflictos, sino que tiende también a crear nuevos espacios de comunicación y nuevos instrumentos de socialización.

En palabras del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la mediación penal es un procedimiento a través del cual «víctima e infractor, voluntariamente, se

---

<sup>7</sup> En el ámbito de Naciones Unidas, cabe destacar la Resolución 1999/2026, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social, sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de Justicia reparadora en el Derecho Penal; así como la Resolución 2000/2014, de 7 de julio de 2000, también del Consejo Económico y Social, sobre principios básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales. En el del Consejo de Europa, proliferan por su parte las Recomendaciones del Comité de Ministros para la implantación de la Justicia restaurativa a través de la mediación penal. Así: Recomendación n.º R (83) 7, sobre mediación como fórmula de sustitución de la pena privativa de libertad; Recomendación n.º R (85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal; Recomendación n.º R (87), sobre simplificación de la Justicia Penal: mediación y reparación como estrategias de evitación del proceso penal; Recomendación n.º R (87) 20, sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil: la mediación como medio de evitación de la pena privativa de libertad en Derecho Penal Juvenil; y Recomendación n.º R (99) 19, relativa a la mediación en materia penal. Finalmente, en la Unión Europea, además de la DM 2001/ 220/ JAI a que se alude en texto, debe llamarse la atención acerca de la Iniciativa que, en junio de 2002, presentó el Gobierno belga al Parlamento Europeo relativa a la creación de una red europea de puntos de contactos nacionales para la justicia reparadora.

<sup>8</sup> Decisión marco 2001/220/JAI, LA LEY 4792/2001

<sup>9</sup> DE JORGE MESAS, L.F., «La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 498, 2001.

reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de un tercero imparcial: el mediador<sup>10</sup>».

Esta nueva forma inserta en el proceso penal descansa en dos pilares fundamentales. Por un lado, la finalidad reintegradora respecto del infractor, y por otro, un papel más protagonista para la víctima, incorporándose sus intereses<sup>11</sup>, y se propone reconducir el tratamiento del delito hacia fórmulas más flexibles, tratando de conciliar los intereses del Estado y la sociedad con los de las partes privadas del delito<sup>12</sup>.

La *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012*<sup>13</sup>, 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*, se adoptó en un contexto jurídico muy distinto, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y con base en el art. 82.2 del TFUE, que atribuye competencia a las instituciones comunitarias para establecer normas mínimas en materia de derechos de las víctimas de los delitos y sin duda alguna en cuanto a su carácter vinculante, teniendo además, efecto directo. Al igual que su predecesora, la Directiva continúa con la estrategia global de protección a las víctimas pero, a diferencia de la Decisión marco, entre sus objetivos no se sitúa específicamente el impulso de la mediación penal, sino que su propósito es garantizar que las víctimas de los delitos reciban la información, el apoyo y la protección adecuada y que puedan participar en procesos penales, estableciendo para ello un conjunto de derechos, entre los que se cuenta el acceso a los sistemas de justicia reparadora bajo ciertas condiciones (art. 12). La Directiva no impone de forma directa la obligación específica de los Estados de integrar la mediación en el sistema penal, a diferencia de lo que se desprendía de la Decisión Marco, sino la garantía de acceso de las víctimas a los sistemas de Justicia restaurativa, concepto más amplio que el de mediación penal, como reconoce la propia Directiva, que alude no sólo a la mediación entre víctima e infractor, sino también a las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia. Los Estados, por tanto, quedan obligados a satisfacer este derecho de las víctimas bien a

---

<sup>10</sup> Recomendación n.º R (99) 19, sobre mediación penal.

<sup>11</sup> FREIRE PÉREZ, R.M., «Experiencias de mediación penal en el ámbito de la justicia penal de adultos. Amparo normativo e institucional», en *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, 2011, p. 257.

<sup>12</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «La Justicia restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la mediación», en *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, 2011, p. 223.

<sup>13</sup> LA LEY 19002/2012

través de la mediación o bien posibilitando el acceso a otros sistemas restaurativos, de forma alternativa o complementaria al proceso penal.

En el Derecho europeo, las prácticas de Justicia restaurativa han encontrado en el mundo anglosajón un terreno abonado para su arraigo, habida cuenta que su modelo de proceso penal se basa en el denominado sistema de partes o acusatorio, apoyado en el principio de oportunidad y en el consenso, a diferencia del sistema continental, fundamentado sobre el principio de legalidad. La mediación es el sistema restaurativo más extendido en Europa. Diferentes Estados de la Unión, como Francia, Bélgica o Portugal, han incorporado la mediación penal a sus sistemas de justicia mediante leyes específicas. En Alemania se ofrece una respuesta distinta, una «mediación» de corte europeo —si bien se obvia el término «mediación» en el parágrafo 46 del Código penal—, estableciendo un modelo de compensación autor-víctima con repercusiones sobre la pena (*Täter-Opfer-Ausgleich, TOA*). Así, la Ordenanza procesal (*Strafprozessordnung -StPO-*) prevé para los delitos menos graves (*Vergehen*), no para los delitos graves o crímenes (*Verbrechen*), la posibilidad de que el fiscal se abstenga de su persecución, así como que se pueda prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, imponiendo al mismo tiempo al inculpado, con la aprobación del tribunal competente y del propio inculpado, la imposición de determinadas prestaciones, como la reparación (§§ 153 y 153 a, StPO).

Fuera del ámbito europeo la Comisión Redactora del nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano acordó en su I Encuentro (Santafé de Bogotá, 1995) que este código se orientara según el denominado sistema de triple vía, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas al delito, se suma la reparación, como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, como indemnización de daños al lesionado o trabajos comunitarios, por ejemplo, entendiéndose que con la reparación se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y, sobre todo, se toma en cuenta a la víctima. En realidad, como lo ha destacado BACIGALUPO, la reparación es un caso claro de compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada, frente a los de compensación destructiva de la culpabilidad, en los que el autor recibe un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad, como es el caso de la pena.

### **III. Justicia restaurativa en el derecho español**

En el ordenamiento jurídico español el único respaldo normativo de la mediación había quedado circunscrito únicamente al enjuiciamiento penal de menores, a través de LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y del RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo. La LO 4/1992 de 5 de Junio Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores ya recogía la mediación en su artículo 2, como una vía de finalizar el procedimiento, archivando o suspendiendo el fallo condenatorio si el Ministerio Fiscal lo solicitaba, y siempre condicionado al compromiso del menor a cumplir el acuerdo reparatorio con la víctima, es decir, permitía el archivo del procedimiento y que finalizaran las actuaciones, o bien si habían seguido, que se suspendiera el fallo condenatorio. Con la LO 5/2000 de 12 de Enero, se consolidó el uso de la mediación en virtud de la regulación de la conciliación o reparación entre el menor y su víctima por dos motivos, en primer lugar porque se trata de una figura que responde correctamente al principio de intervención mínima que indica que el proceso penal formal sólo debe reservarse para los hechos de mayor gravedad, recurriendo en el resto de supuestos a figuras no formales o no punitivas, y en segundo lugar porque con la mediación se cumplen perfectamente los objetivos educativos de la Ley que priorizan la finalidad educativa del menor infractor por encima de otros fines penales como la retribución o la prevención general.

No obstante lo anterior, las últimas reformas en el ámbito del Derecho Penal han otorgado carta de naturaleza a las prácticas de Justicia restaurativa. La LO 1/2015, 30 de marzo, de modificación del Código Penal, se refiere, por primera vez, a la mediación penal de adultos —excluida la mención que hace la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su artículo 44.5 veta la mediación penal en estos casos, al menos durante la fase de instrucción—. Entre otras modificaciones, la LO 1/2015 atribuye efectos a la reparación sobre la suspensión de la pena<sup>14</sup> y facultades al Ministerio Fiscal en delitos leves de

---

<sup>14</sup> El nuevo Código Penal introduce modificaciones en la regulación de la suspensión de la pena, dotándola de mayor flexibilidad. De acuerdo con el art. 80.1 párrafo 2.º, el Juez podrá acordar la suspensión de la pena bajo ciertas condiciones, valorando las circunstancias del caso, y en particular, el esfuerzo del penado por reparar el daño. Con arreglo al art. 84, el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible (art. 84 CP).

carácter patrimonial para solicitar del Juez el sobreseimiento y archivo en caso de restauración<sup>15</sup>.

En la línea de la Directiva, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, garantiza al acceso de las víctimas a servicios de justicia restaurativa en los términos que reglamentariamente se determinen, abriendo, a tenor de las referencias terminológicas, la posibilidad de incorporar otras prácticas diferentes a la mediación en nuestro sistema legal.<sup>16</sup>

El reconocimiento en España de la mediación penal de adultos a través de la LO 1/2015, ha venido precedido de experiencias en diversos Juzgados. Los primeros antecedentes en materia de mediación penal se originaron en un Juzgado de Instrucción de Valencia en el año 1993, si bien la cristalización de los proyectos de mediación penal de adultos ha resultado más intensa en aquellas Comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de administración de justicia y ejecución penitenciaria, especialmente Cataluña y País Vasco o Madrid. La mediación también se ha ido implementado en otros juzgados mediante la puesta en marcha de programas piloto, algunos impulsados por el Consejo General del Poder Judicial. El modelo de mediación penal de adultos se ha ajustado, en todo caso, al sistema procesal vigente, inscribiéndose en el proceso durante la instrucción, el enjuiciamiento o la fase de ejecución, complementándolo, todo ello sin perjuicio de respetar los principios propios

---

<sup>15</sup> Disposición final segunda de la LO 1/2015, cit., que modifica en algunos aspectos la LECrim., atribuyendo facultades al Ministerio Fiscal para solicitar del Juez de Instrucción el sobreseimiento y archivo de las actuaciones respecto de hechos que revistiendo los caracteres de delito leve de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias, «no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado», reparación que puede ser el resultado de un procedimiento de mediación.

<sup>16</sup> «Ley 4/2015, de 27 de abril (LA LEY 6907/2015), cit., Art. 15. Servicios de justicia restaurativa. 1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

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

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.»

de la mediación, voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, a lo que se han sumado la gratuidad y oficialidad.

Pero a pesar de estas experiencias, no puede afirmarse con carácter general que la mediación en el proceso penal de adultos —y mucho menos otras prácticas restaurativas— hayan arraigado completamente en nuestro sistema procesal. El excesivo garantismo respecto de los derechos del infractor no ha contribuido en modo alguno a estimular la consolidación de los sistemas restaurativos, como tampoco lo ha hecho, al menos hasta la fecha, la legislación penal. En efecto, el acusado podía obtener los mismos beneficios tanto si reparaba el daño como si obtenía un acuerdo conciliador, todo ello sin responsabilizarse del delito o reconocer los hechos.

Por otra parte, la doctrina ha argumentado objeciones de naturaleza legal y material. Las primeras dimanarían de la constitucionalidad de las prácticas de Justicia restaurativa y, dentro de ellas, la mediación penal. Y ello por cuanto los sistemas restaurativos se fundamentan en presupuestos que parecen contradecir los principios fundamentales que configuran el modelo de justicia español. Así, los principios de legalidad, oficialidad y necesidad (artículos 25 y 124 CE) y el principio de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 de la CE). A ello se suman las reservas que derivan del respeto a la presunción de inocencia, el derecho del investigado o encausado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y de la posibilidad de que el recurso a las prácticas restaurativas implique contradecir una de las notas esenciales de la mediación, la voluntariedad —por cuanto la negativa del infractor a participar en un proceso restaurativo podría ser interpretado como una negativa a reparar a la víctima, con efectos desfavorables sobre la atenuación de la pena—. Las dificultades para acotar el ámbito material de la Justicia restaurable, es decir, qué tipos de hechos punibles son susceptibles de ser derivados, la falta de medios personales y materiales y una más que probable percepción social errónea del significado de las prácticas restaurativas en el hecho penal —especialmente cuando los casos mediáticos, sobre todo en materia de corrupción, parecen exigir la aplicación sin concesiones del viejo brocardo *nullum crimen sine poena*—, han favorecido, sin duda la polémica.

A pesar de todo, los cambios sociales han ido demandando una introducción paulatina del principio de oportunidad en el proceso penal, como manifestación del principio de intervención mínima, y la incorporación de otras prácticas restaurativas,

además de la mediación, para llegar a un mayor número de delitos, lo que no ha de hacerse equivaler a la renuncia del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

Un paso, en la dirección de un reconocimiento del principio de oportunidad, es el dado por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducida a través de la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, que recoge, en el marco de los delitos leves, el principio referido, con la finalidad de evitar el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes, a cuyo fin el Fiscal queda facultado para poder instar la terminación anticipada del procedimiento para el juicio sobre delitos leves, por razones de oportunidad, algo que ha sido objeto de análisis por la Fiscalía General del Estado, que partiendo de la distinción entre delitos privados, semipúblicos y públicos, ha establecido en su Circular 1/2015 unos criterios de actuación sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015. Resumidamente, la Fiscalía General del Estado queda habilitada para delimitar la intervención del Fiscal en el enjuiciamiento de determinados delitos leves, además de conferirle el artículo 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado igualmente por la Ley Orgánica 1/2015, facultades para instar, concluye la referida Circular, el archivo porque “el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor” y “no exista un interés público relevante en la persecución del hecho”, entendiéndose que no existe ese interés en los delitos leves patrimoniales “cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado” (art. 963.1), esto es, por razones de oportunidad.

La reforma de la LECrim. a través de la LO 1/2015 parece confirmar, en efecto, que el ámbito de la mediación son los delitos leves, especialmente de naturaleza patrimonial. Es muy controvertida la aplicación de la mediación en los delitos graves, como delitos contra la libertad sexual, terrorismo, violencia de género, los casos en los que el infractor es un drogadicto, así como en situaciones en las que la víctima no es una persona física o ésta es menor o incapaz, en los delitos de riesgo o peligro abstracto, en los que no existe una víctima directa o en los casos de corrupción política. Sin embargo, la Justicia restaurativa no se agota en la mediación ni la reparación ha de limitarse en función de la naturaleza del delito o de su gravedad. Pese a estas restricciones y a las dudas doctrinales, entendemos que la Justicia restaurativa es de aplicabilidad universal, por cuanto que todo ser humano tiene una capacidad potencial

de responsabilizarse, de reparar y reconciliar. La solución del conflicto no es el fin de la justicia restaurativa, sino la promoción del diálogo entre víctimas y victimarios. Porque a veces, los conflictos no pueden resolverse, sino que ha de aprenderse a vivir con ellos. Se engloban dentro del concepto de justicia restaurativa los diálogos y encuentros que se han llevado a cabo en España entre víctimas y presos pertenecientes a la banda armada de ETA que cumplían su condena, prácticas que no perseguían una repercusión penológica, sino tan sólo restaurar a la víctima, puesto que la reparación puede ser también moral, no sólo económica.

Con todo, a los efectos de garantizar la seguridad jurídica, buena parte de la doctrina ha demandado la regulación de la mediación penal a través de una ley estatal, al igual que ha sucedido con la mediación civil y mercantil, introduciendo las oportunas modificaciones en la LECrim., ajustándola al proceso y estableciendo sus repercusiones sobre la pena. Estas demandas no parecen incompatibles con las actuales previsiones que se han introducido en el Código Penal o en el Estatuto de la Víctima del delito, y ciertamente coherentes con la obligación del Estado de garantizar el acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa, tal y como se desprende de la Directiva y del Estatuto de la Víctima. Una futura ley no debería excluir *per se* la utilización de otras prácticas de justicia restaurativa, además de la mediación. Prácticas como el *Family Group Conferencing* serían idóneas en aquellos casos en que está vetada la mediación, como los de violencia de género. El *conferencing* parece, asimismo, indicado en el ámbito de la justicia penal de menores, donde no es difícil que se rebase el ámbito de la mediación víctima/infractor para incorporar más personas al proceso restaurativo, como se ha venido haciendo e incluso puede ser una práctica que permita la participación de la comunidad afectada por el delito; por ejemplo, en los delitos colectivos o de riesgo, mediante representantes de grupos religiosos o asociaciones civiles de ciudadanos.

#### **IV. Consideraciones finales**

Tras las recientes modificaciones en el Código Penal y en la LECrim., el modelo restaurativo se perfila como una herramienta incardinable en el sistema de la Administración de Justicia en España, configurándose como un instrumento auxiliar y complementario de la misma al servicio de la eficacia del proceso. Así se pone de manifiesto de forma relevante y con excelentes resultados, especialmente en campos como el del derecho de familia, de especial interés público.

No se trata de que la mediación sustituya a los Tribunales de Justicia en la resolución del conflicto, ni de desplazar la tutela judicial efectiva, que es un derecho fundamental, sino de utilizar una metodología distinta para la resolución de los mismos, metodología que no se encuentra reñida con el control de legalidad del Juez.

Se funda en una cultura de dialogo y mecanismos de autocomposición, situando la génesis de la solución en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a éstas y solucione definitivamente el conflicto.

La mediación ofrece mejores soluciones para determinados casos y es además, 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, plasmado en el artículo 125 CE, y ello teniendo en consideración que la Justicia es un valor público y el acceso a la justicia y a un proceso justo un derecho humano (art. 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos). La necesaria la profesionalización del mediador penal, junto al compromiso de los poderes públicos y los profesionales de la justicia con la mediación, harán posible, de un lado, dar respuesta a las necesidades de las víctimas, y de otro, impulsar la rehabilitación del victimario, favoreciendo el camino hacia una justicia penal más satisfactoria y humana, una justicia de calidad.

## FUENTES

BACA BALDOMERO, E./ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ TAMARITA SUMALLA, J M<sup>a</sup> (coord.), y otros, Manual de Victimología, Tirant Lo Blanch, 2006; ISBN: 84-8456-638-2.

CERVELLO DONDERI, V., La justicia restaurativa en la reforma penal, Plan Estatal de Formación Continua 2014. Miscelánea civil, penal y contencioso-administrativo; Cuadernos Digitales de Formación N<sup>o</sup> volumen: 33 Año: 2014; CGPJ.

GARCÍA HERRERA, A., Justicia restaurativa: breve reflexión sobre su integración en el marco del proceso penal en España. Diario La Ley, N<sup>o</sup> 8654, Sección Doctrina, 26 de Noviembre de 2015, Ref. D-445, Editorial LA LEY (LA LEY 6754/2015).

GARCÍA SEDANO, T., Mediación, derecho penal y tutela judicial efectiva. La Ley Penal, N<sup>o</sup> 119, Sección Derecho Procesal Penal, Marzo-Abril 2016, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 2109/2016).

JAÉN VALLEJO, M./ AGUDO FERNÁNDEZ, E./ PERRINO PÉREZ, A.L., La víctima en la justicia penal. (El Estatuto jurídico de la víctima del delito) Dyckinson, 2016; ISBN: 978-84-9085-778-6.

JIMENO BULNES, M., ¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española. Diario La Ley, N<sup>o</sup> 8624, Sección Doctrina, 14 de Octubre de 2015, Ref. D-371, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 5646/2015).