

CAPÍTULO V

Mediación Penal y Justicia Restaurativa: Materiales para su desarrollo en Aragón

Cristina Martínez Sánchez

Sumario

I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL: PRINCIPIOS Y CARACTERES DEL NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA

1. El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa. La mediación Penal

2. Movimientos y factores de impulso

2.1. El movimiento de la *diversion*: las ADR

2.2. La justicia comunitaria

2.3. Nuevas teorías del Derecho penal: abolicionismo y minimalismo

2.4. La Victimología y las demandas en favor de las víctimas

2.5. El fracaso de la resocialización

2.6. Las tesis alemanas en favor de la Justicia restaurativa

2.7. Las iniciativas institucionales

3. Principios y caracteres de la JR

3.1. El proceso de JR como proceso de diálogo

3.2. Las partes son las verdaderas protagonistas

3.3. La reparación del daño como fin esencial de la JR

3.4. La búsqueda de la paz social como finalidad intrínseca

4. Los procedimientos restaurativos: la comunidad en la prevención y resolución de los conflictos

4.1. El Conferencing o Conferencias

4.1.1. *Family Group Conference* (FGC)

4.1.2. *Modelo Wagga o Police Led Conferencing*

4.2. El Circle o Círculos

4.2.1. *Círculos de víctimas o de sanación*

4.2.2. *Círculos de paz y Círculos de sentencia*

4.2.3. *Círculos de apoyo*

II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

1. Normativa internacional y europea: normas «soft law»

- 1.1. Naciones Unidas
- 1.2. Consejo de Europa
 - 1.2.1. Recomendaciones
- 1.3. Unión Europea

III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACION PENAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. La Justicia restaurativa en la legislación penal de menores

- 1.1. Conciliación entre el ideal restaurador y el interés del menor en la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad del menor y el RD 1774/2004

2. La Justicia restaurativa en la legislación penal de adultos

- 2.1. El artículo 80 CP en relación con el Art. 84.1CP
- 2.2. La opción de las víctimas en favor de la justicia restaurativa tras la Ley 4/2015 del Estatuto Jurídico de la Víctima
 - 2.2.1. La justicia restaurativa ¿Un derecho de las víctimas?
 - 2.2.2. El artículo 15 LEVD: Requisitos para la aplicación de la justicia restaurativa
- 2.3. La prohibición de la mediación del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

3. Impulso de la Mediación a través de la legislación española y aragonesa

- 3.1. La legislación civil española, ¿de aplicación *supletoria* en el ámbito penal?
 - 3.1.1. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
 - 3.1.2. El RD 950/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio
 - 3.1.3 Las leyes de mediación de las comunidades autónomas
- 3.2. La legislación aragonesa en materia civil y familiar ¿De aplicación *extensiva* al ámbito penal?

I

LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL: PRINCIPIOS Y CARACTERES DEL NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA

1. EL NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. LA MEDIACIÓN PENAL

En primer lugar, debemos partir de que la mediación y la justicia restaurativa son cosas diferentes. Entre ambas existe un nexo de unión, en el sentido de que ambas son sistemas válidos para resolver conflictos entre las personas. Al igual que el Derecho por definición, planifica y permite a las personas vivir en sociedad, estableciendo unas normas adecuadas para la convivencia, y en última instancia transgredidas esas normas se activan mecanismos de control y coerción, así el Derecho penal ante un quebrantamiento de una norma típica para la protección de un bien jurídico aplica un castigo por la infracción cometida, la Justicia restaurativa y la mediación también constituyen mecanismos de control social, de respuesta y prevención del delito¹.

El concepto de Justicia restaurativa es un concepto aglutinador de diferentes contextos y concepciones elaboradas a partir de las experiencias prácticas que se han venido desarrollando en distintos lugares, cuya adecuación a dichas realidades nos ofrece un concepto rico y versátil, pero que al igual que en su origen, debe de adaptarse al contexto sociocultural y jurídico de cada territorio.

La idea de justicia restaurativa² ha estado muy relacionada con las prácticas de mediación realizadas fundamentalmente en Estados Unidos y Canadá, donde víctima y victimario se enfrentaban a un proceso de mediación para resolver su disputa, ayudados por un mediador. Esta práctica de la mediación se fue extendiendo por Europa, siendo el proceso más importante dentro de la justicia restaurativa. Otras experiencias nacidas en otros lugares como Nueva Zelanda se expandieron en Australia; son prácticas restaurativas diferentes a la mediación, con una implicación muy activa de la comunidad, como en los casos del *Fami-*

¹ Vid. VARONA MARTINEZ, G. en *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Ed. Comares, Granada, 1998, p. 2. y 11.

² Vid. TAMARIT SUMALLA, J.: *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), Ed. Comares, Granada, 2012

ly Group Conferencig, donde se admite la participación de familiares y amigos, miembros de la comunidad, como policías, trabajadores sociales, etc. También se han reconocido como procesos restaurativos a los *Círculos de pacificación* de algunas comunidades aborígenes de Canadá, aceptadas por los tribunales de justicia como formas válidas de resolución de conflictos.

Actualmente existen países europeos que han introducido distintas prácticas restaurativas a lo largo de todas las fases del proceso penal, como Bélgica, tanto en adultos como en menores. En algunos países latinoamericanos se propone la renuncia a la justicia penal en los casos en que la justicia comunitaria haya servido de respuesta al delito.

Una de las principales pretensiones de la justicia restaurativa es la devolución del conflicto a las partes, y en ello incidió de manera decisiva la obra de CHRISTIE, con su artículo «*Conflicts as Property*»³, publicado en 1976, que propone la devolución del conflicto a sus titulares, ofreciendo una solución alternativa al sistema penal tradicional, en el que las partes participen activamente en la solución de sus problemas.

Las propias víctimas demandaban un protagonismo mayor en el proceso penal, donde habían sido ninguneadas y cosificadas, al convertirlas en instrumentos de prueba dejando a un lado sus verdaderas necesidades. El modelo resocializador había fracasado, y la prisión constituía más bien un factor criminógeno y estigmatizador. En todo este contexto, la justicia restaurativa se configura como un paradigma de respuesta a las carencias del sistema de justicia tradicional, ahora bien, no se configura como una alternativa para desplazarlo o sustituirlo. Para MARSHAL, la JR no es un sistema alternativo al actual sistema penal, y establece la siguiente definición poniendo el acento en la cooperación:

La JR es un proceso por el que las partes, involucradas en un determinado delito, se juntan para resolver colectivamente cómo tratar sus efectos e implicaciones de cara al futuro.

WEITEKAMP, citado por VARONA, propone doce principios para la resolución de conflictos⁴:

³ Vid. CHRISTIE, N., en «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, traducido al español en MAIER, J. (Comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

⁴ VARONA MARTINEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia...*, ob. cit., p.79.

1. *Acercamiento al crimen como un problema compartido que necesita de una verdadera solución.*
2. *Admisión de la complejidad de sus causas de carácter individual y colectivo.*
3. *Aceptación de las negociaciones y el compromiso.*
4. *Involucración de todas las partes afectadas.*
5. *Concentración en la reducción de delitos futuros.*
6. *Valoración de la reparación por encima del castigo*
7. *Escucha a la víctima y al infractor.*
8. *Búsqueda de elementos positivos en el infractor*
9. *Oportunidad de rehabilitación y reconciliación.*
10. *Atención a las emociones y a los aspectos materiales del conflicto*
11. *Creatividad e innovación en la búsqueda de soluciones*
12. *Empleo de medios apropiados a la amenaza que supone el delito en cuestión.*

Una referencia fundamental en la conceptualización de la justicia restaurativa está en ZHER⁵, quien dio nombre a este nuevo paradigma de justicia, diferenciador de la justicia retributiva; la define del siguiente modo:

un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, en identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.

Según esta definición, con la referencia expresa a «los que tengan interés» en «identificar y atender colectivamente» se hace necesario incorporar a la comunidad en los procesos restaurativos, más allá del encuentro entre las partes directamente implicadas, ya que el daño también se produce de forma indirecta a la comunidad.

Para MELOSI⁶, no queda claro si este nuevo paradigma de justicia es penal o no, señalando las dificultades de aplicarlo a los delitos, por el hecho de que pone el énfasis en las partes involucradas, más que en el interés del estado⁷.

⁵ HOWARD ZHER, uno de los pioneros en la aplicación de la Justicia Restaurativa, en *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, edición traducida por Good Books, 2007, p. 45.

⁶ MELOSI, D., *El Estado del control social, SXXI de España* Editores, 1992.

⁷ VARONA MARTINEZ, G., *ibid.*, p. 78.

En la actualidad, la justicia restaurativa emerge como un *tercer modelo* frente al modelo retributivo y rehabilitador. Para BRAITHWAITE⁸ la justicia restaurativa consiste en restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la comunidad, reconociendo una dimensión comunitaria de la justicia. Destaca la importancia del control informal a través de la «vergüenza integradora», como instrumento eficaz, desechando el cariz estigmatizante, que conlleva la aplicación de la pena como castigo o retribución.

Los Principios Básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia criminal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) del año 2002 definen los programas de justicia restaurativa de una forma muy abierta, como «cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos». Por procesos restaurativos entiende:

cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otros miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador.

Estos procesos pueden incluir la Mediación, la Conciliación, las Conferencias y los Círculos. Por su parte, los *resultados restaurativos* consisten en los acuerdos logrados como resultado de los procesos restaurativos. Estos Principios Básicos incluyen respuestas y programas como la reparación, la restitución o el servicio a la comunidad, con el objeto de satisfacer las necesidades y las responsabilidades de las partes y de la comunidad, para lograr la reintegración de la víctima y el ofensor.

Los procesos de justicia restaurativa pertenecen al ámbito genérico de los denominados métodos de resolución alternativa de conflictos o *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*. Dentro de esta denominación se incluyen también procesos o mecanismos que carecen de base restaurativa, que tienen en común la informalidad o el carácter preferentemente desjudicializador, pero no así sus principios, finalidades y formas de actuación.

Recapitulando pues, el modelo que propone la justicia restaurativa se caracteriza por la participación de diversos sectores sociales en una política criminal caracterizada por una reducción del uso de la prisión con el contrapunto del desarrollo de las penas no privativas de libertad y el recurso a métodos alternativos de resolución de conflictos. En este modelo, deberá primar la reparación y la restauración de las víctimas, con las

⁸ BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p.14.

advertencias necesarias para evitar o reducir la victimización secundaria pero sin abandonar la resocialización del infractor; habrá que atender de forma especial el caso concreto, es decir: no proceder con automatismo en la aplicación de la norma (una vez que existe); y por último, deberá implicar a la comunidad en la prevención, acompañamiento y resolución de los conflictos, en tanto en cuanto que a mayor implicación mejores son los resultados, especialmente en los casos que están implicados los menores de edad.

La multitud de programas instaurados dentro y fuera de nuestras fronteras es exponente del distinto tratamiento que se hace a la víctima, al infractor y también a la comunidad. Ahora bien, en cualquier caso, la justicia restaurativa fracasará si vuelve a marginar a la víctima y la mantiene en su tradicional papel de actor secundario, que tuvo en el proceso judicial o queda igualmente relegada con base a criterios paternalistas.

JUSTICIA RESTAURATIVA	JUSTICIA RETRIBUTIVA
<ul style="list-style-type: none"> • Instrumentos de control social basado en el consenso. • Concepto que surge de la praxis • El conflicto (delito) se devuelve a las partes respetando los derechos y garantías democráticas • La finalidad es la reparación de la víctima y de la comunidad • Los procedimientos se configuran fuera del marco procesal y son independientes. • Justicia complementaria a la justicia retributiva/ (alternativa) • Sustitución y suspensión de penas privativas de libertad y despenalización de algunas conductas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Instrumento de control social. Derecho penal coactivo. • Concepto elaborado por la dogmática penal. • El fundamento de la aplicación de la norma penal reside en el <i>ius puniendi</i>. • La retribución o castigo es la consecuencia jurídica de la norma penal, junto con la prevención. • Los procedimientos se regulan en la Ley procesal penal. • El sistema de justicia penal no puede abarcar todas las conductas ilícitas • Derecho penal mínimo y de última ratio frente al maximalismo penal de los últimos tiempos.

2. MOVIMIENTOS Y FACTORES DE IMPULSO

El concepto de mediación penal y de justicia restaurativa está influido por movimientos sociales de distintas ideología, por diferentes teorías del Derecho penal que discrepan de la retribución como respuesta al delito y también por iniciativas institucionales, que con ayudas públi-

cas y/o privadas o, en otros casos, de forma desinteresada y voluntaria han llevado a cabo proyectos de justicia alternativa a la justicia tradicional⁹.

2.1. El movimiento de la diversion: las ADR

Los movimientos en favor de la resolución alternativa de los conflictos: las ADR., han constituido uno de los factores de impulso, con un interés fundamental en las esferas del derecho privado, pero que también ha sido trasladado al ámbito penal.

Iniciado el movimiento en EEUU, como consecuencia de la insatisfacción con la administración de justicia: en primer lugar, la crisis del sistema judicial cuestiona la legitimidad del *ius puniendi*, que asume los intereses particulares elevándolos a la categoría de públicos, poniendo el acento en los derechos y garantías del reo, como contrapunto a la acción pública dirigida al castigo y penalización de la conducta, pero olvidando y postergando los intereses de las víctimas afectadas por el delito, y en segundo lugar, la necesidad de reducir el internamiento por la aplicación de penas alternativas, que evitaría, de un lado, el coste estigmatizador de la pena de prisión, y de otro, la sobrecarga de la administración de justicia.

Las propuestas de *diversion* llegaron al ámbito del Derecho penal, en conexión con las tendencias del comunitarismo y la mediación social¹⁰. Para MOORE¹¹, la mediación constituye una de las alternativas más satisfactorias para resolver disputas. Por el contrario, NADER¹², desde una opinión profundamente crítica, pone de relieve sus aspectos más negativos, como son el protagonismo de las grandes corporaciones para escapar del control de la ley. Se favorece la conformidad degradando la igualdad en disputas en las que existe un marcado desequilibrio de poder entre las partes¹³.

2.2. La Justicia Comunitaria

Desde la perspectiva de la Justicia comunitaria se ha criticado la insuficiencia de los mecanismos judiciales para el manejo de los conflictos. Propone que, para intervenir a fondo en los conflictos de la sociedad, se

⁹ *Ibidem*, p.137-154.

¹⁰ Como es el caso de las *Community Boards*, Juntas Comunitarias, de EEUU. En 1973 se desarrolló la Asociación de Profesionales de Resolución de Disputas (*Society of Professionals in Dispute Resolution*).

¹¹ MOORE, C., *El proceso de mediación. Método práctico para la resolución de conflictos*. Granica, Barcelona, 1995.

¹² NADER, L., «Disputing without the force of law» *The Yale Law Journal*, vol. 88, n 5, 1979.

¹³ VARONA MARTINEZ, G., *La mediación reparadora...*, *ob. cit.*, p.141.

haga desde los espacios de la sociedad, transformando la manera de enfrentarlos¹⁴.

Estas concepciones critican el modelo retributivo, donde la finalidad del sistema sería la reparación a la víctima de los daños sufridos y también la reparación a la comunidad, con las finalidades de integración y acogida de la víctima y del infractor. Atribuye un mayor control de la comunidad sobre el delito, con la implicación de los vecinos y las partes interesadas en buscar soluciones constructivas a los problemas o conflictos generados, buscando la reafirmación simbólica de las normas de la comunidad.

Estas prácticas de justicia comunitaria han sido eficaces en la prevención del delito y en la reincidencia hacia nuevos delitos¹⁵.

2.3. Nuevas teorías del Derecho penal: Abolicionismo y Minimalismo

Desde las tesis abolicionistas y minimalistas se ha criticado el formalismo con el que el Derecho penal resuelve los conflictos, expropiándolos de sus verdaderos titulares; desde estas posiciones se defiende un modelo de justicia limitativo en cuanto a la intervención del estado. La idea central que presiden estas concepciones, reside en la necesidad de modificar la concepción del delito y el papel del Derecho penal¹⁶, estableciendo fórmulas alternativas a la cárcel y en su versión más radical la erradicación del Derecho penal.

El Abolicionismo propone la abolición del modelo de justicia penal, devolviendo el conflicto a las partes, que son a quienes les pertenece.

Las tesis abolicionistas fueron iniciadas por CHRISTIE, HULSMANN y MATHIESEN, y presentadas en el *Noveno Congreso de Viena*, en 1983, señalando que el Derecho penal «roba o sustrae» el conflicto a sus titulares reales, autor y víctima, lo que aumenta el daño causado por el mismo.¹⁷ CHRISTIE fue el pionero, en su «*Conflicts as Property*», proclama que solo los verdaderos protagonistas, víctima e infractor, están legitimados para resolver su conflicto, abogando por la desaparición del sistema público penal, y apostando por soluciones descentralizadas e informales

¹⁴ ARDILA AMAYA, E., «Justicia comunitaria y el nuevo mapa de justicias», *Santiago de California*, n° 2, 2002, pp.45-97.

¹⁵ Vid. KARP, D. y CLEAR., *Justicia comunitaria: marco conceptual*, en *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice*, 2006, p. 242.

¹⁶ Vid. PEREZ SANZBERRO, G. en *La Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 14.

¹⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 150. Cfr. LARRAURI, E., *Penas Alternativas*, 1997, p. 96.

que pueden evitar la violencia de la justicia institucionalizada, utilizándose mecanismos de composición privada sin carácter punitivo.

Estas teorías quedaron superadas, ya que no se puede prescindir del Derecho penal, aunque sí debe de ser concebido como Derecho de *última ratio*, y en este sentido, apunta la justicia restaurativa. Pese al fracaso que supuso el movimiento de la despenalización, hoy día, dentro del marco de los estados democráticos de derecho, recobra su vigencia, en el sentido de apostar, como aquél, por la aplicación de sanciones más humanas, menos lesivas y menos costosas, en las que está presente la idea del respeto a la dignidad de la persona humana y su autonomía.

El movimiento abolicionista supuso un impulso al movimiento de la justicia restaurativa, en el claro intento de devolver a la comunidad el poder de resolver sus propios conflictos, con la promoción de la figura del mediador-víctima-victimario¹⁸.

2.4. La Victimología y las demandas en favor de las víctimas

La concepción liberal del estado moderno supuso el desplazamiento de la víctima, con la asunción del *ius puniendi* por parte del estado, de tal manera que el estado, por un lado, va a dar respuesta a las conductas ilícitas y antijurídicas, y a su vez, se va a encargar de compensar o resarcir a la víctima, produciéndose lo que se ha denominado proceso de *neutralización de la víctima*¹⁹, desplazada o minimizada en cuanto a la autonomía de su voluntad y a su protagonismo en el proceso judicial.

Los movimientos de defensa de los derechos de las víctimas demandaban un mayor protagonismo en el proceso penal, a través de distintas asociaciones de víctimas, primero en Gran Bretaña y EEUU, y después se extendieron a otros países como Alemania, Austria, Suiza o Hungría.

Desde Europa, se hicieron eco estas demandas en el *Convenio 116 del Consejo de Europa sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos*. En España, por su parte, *la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, que constituye la piedra angular de nuestro sistema de compensación estatal, fue el primer texto legal que recogió un cuadro de «derechos mínimos» de las víctimas.

Como consecuencia, para la promoción de la víctima se llevó a cabo en nuestro país la implantación de oficinas públicas de atención a las víc-

¹⁸ GORDILLO SANTANA, L.F., en *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.133.

¹⁹ *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 2009, pp. 108 y ss.

timas. Se demandaba no sólo la reparación sino también la participación activa en el proceso y la protección ante la inseguridad pública. La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, supuso la implantación de un *modelo integral* de asistencia a las víctimas, ofreciendo asistencia legal y psicológica, especialmente a las víctimas de delitos violentos, de lesiones graves, violencia doméstica o de género.

2.5. El fracaso de la resocialización

En primer lugar, la resocialización mediante la aplicación de la pena de prisión como tratamiento de rehabilitación del delincuente fue un completo fracaso; la pena no resocializa sino que estigmatiza, ya que no es posible fomentar parámetros de libertad desde un enfoque de privación de la misma, de ahí que se propugnen medidas resocializadoras al margen de la prisión, en un régimen de libertad²⁰.

Desde otra perspectiva, las nuevas corrientes de la Criminología también apuntaban a una falta de legitimación para la resocialización dirigida al delincuente, ya que la delincuencia era considerada como un producto de la sociedad, y por tanto la resocialización debía orientarse a la sociedad misma, como responsable de los delitos. - *teorías del etiquetaje*²¹, con propuestas alternativas al sistema carcelario.

2.6. Las tesis alemanas en favor de la justicia restaurativa

El desarrollo de la justicia restaurativa en Alemania tuvo una notable influencia en nuestro país; a través de propuestas de reparación concretas, se puede sustituir a la pena, cuando no exista merecimiento de la misma o como *tercera vía* junto con la pena y la medida de seguridad. Las tesis de ROXIN en cuanto a la Reparación como tercera vía²² fueron recogidas en el *Proyecto Alternativo sobre la Reparación*, (PA) recoge como irrenunciable condición básica de la reparación en Derecho penal el principio de

²⁰ Vid. CORDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución», en MIR PUIG, *la Reforma del Derecho Penal*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980, p. 155.

²¹ BECKER, H. *Outsiders. Hacia una Sociología de la Desviación*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires, 2009. La escuela del «*Labbelling Aproach*» o «Etiquetamiento social», propone que el estudio del delito no debe centrarse en la acción, como planteaban los estudios positivistas o paradigma etimológico, sino en la reacción social, no en el sujeto que actúa sino en los agentes sociales que controlan. No entiende la criminalidad como cualidad del individuo sino como consecuencias de un proceso de definición social.

²² El concepto de Tercera Vía de la Reparación penal presenta a la misma como una consecuencia jurídica del delito, junto con la pena y la medida de seguridad. No exenta de críticas por el concepto tradicional de sanción a la que se asocia con el recurso a la fuerza o coacción directa, en PEREZ SANZBERRO, G., *Reparación y Conciliación en el Sistema Penal ¿Apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 273.

voluntariedad. El PA fue presentado en 1992 por un grupo de profesores de Derecho penal, alemanes, suizos y austríacos, como propuesta legislativa: la Reparación podía suponer el archivo del procedimiento penal, sustituyendo a la pena, como suspensión condicional de la misma o como libertad condicional, en los casos en los que se cumplan los fines de prevención general y especial, o bien como atenuante, en los casos en que no llegan a satisfacerse por completo dichos fines, previendo esta posibilidad en distintos momentos del procedimiento.

2.7. Las Iniciativas institucionales

Se han llevado a cabo iniciativas desde distintas instituciones; por entidades locales, estatales e internacionales, con la colaboración de profesionales formados en la gestión de conflictos y también por personas voluntarias, que han ido divulgando y promoviendo estos nuevos modelos de justicia favoreciendo su implantación²³.

3. PRINCIPIOS Y CARACTERES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1 El proceso de Justicia Restaurativa como proceso de diálogo

A diferencia del proceso tradicional de justicia penal, los procesos restaurativos de justicia son procesos de diálogo, en los cuales las partes se van a sentar a hablar de los hechos ocurridos, del daño ocasionado y de la forma de repararlo, con la ayuda de un tercero, el mediador o facilitador y de la comunidad en su caso, para buscar una solución al conflicto.

Este proceso de diálogo se entiende beneficioso tanto para la víctima como para el infractor; para la víctima, porque tendrá la posibilidad de conocer las causas que motivaron la realización del hecho, podrá pedir explicaciones a su ofensor, además de poder expresarle el daño que le ha infringido; también puede ayudarle a superar sentimientos de dolor, miedo o angustia, obteniéndose de este modo, una forma más efectiva de enfrentar las consecuencias del delito; por su parte, el victimario va a ser consciente, directamente por la propia víctima, de las consecuencias que ha producido su conducta, contribuyendo de esta forma a una mayor responsabilidad por el hecho delictivo

²³ Una mirada histórica a su implantación en España nos muestra los primeros programas piloto intrajudiciales de Valencia (1993), Barcelona (1998) y Vitoria-Gasteiz (1998), con equipos multidisciplinares. Frente a esta forma de institucionalización, se sitúa un programa de mediación penal comunitaria de la Asociación Apoyo (1999), asentado sobre la base de voluntariado y que supera el modelo de mediación intrajudicial anterior

En los procesos restaurativos, la comunidad se siente partícipe de los problemas que en buena medida le influyen, consiguiendo una mayor implicación y democratización de la justicia. La utilización de estas formas alternativas de justicia, contribuyen, en última instancia, a la pacificación de la sociedad, al utilizarse métodos basados en la comunicación y el diálogo, a través de herramientas como la mediación con la participación de un tercero imparcial, o con una mayor implicación de la comunidad como en el caso de las Conferencias y de los Círculos restaurativos.

El proceso de diálogo entre las partes afectadas constituye un valor en sí mismo, con independencia de las consecuencias jurídicas que pueda suponer, y debe diferenciarse de las sanciones alternativas a la pena que puede imponer el juez dentro del proceso penal tradicional, ya que éstas no serían consecuencia de un proceso restaurativo, sino de la aplicación del *ius puniendi* estatal.

3.2. Las partes son las verdaderas protagonistas de la aplicación de justicia

Las partes, infractor y víctima, van a protagonizar este proceso de diálogo, ayudadas por un mediador y, en su caso, por determinados representantes de la comunidad que facilitarán el proceso restaurativo para lograr encontrar una solución al conflicto²⁴. Puede decirse que, las partes toman las riendas para encontrar una solución pacífica al delito, destacando que lo fundamental en este proceso va a ser el resarcimiento del daño a la víctima por encima de otros fines. La solución pasa por un proceso dialogado que permita identificar cuál es el daño realmente producido por el delito, qué puede o debe hacerse para repararlo y quién ha de reparar²⁵.

En el caso del *Conferencing* y los *Circles* la comunidad es parte del proceso restaurativo; más allá de un proceso privado entre víctima y ofensor, la comunidad participa como víctima secundaria del delito, facilitando el apoyo a la víctima implicándose activamente en la reparación del daño, y al infractor posibilitando su acogida y reinserción en la sociedad²⁶.

Surgen dudas sobre quién puede participar en las conferencias familiares o en los círculos restaurativos, si sería factible la presencia de

²⁴ Vid. LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora», en PEREZ ALVAREZ, F (Ed.), *Serta: In memoriam Alexandra Baratta*, ob. cit., p. 446.

²⁵ Vid. MATELLANES RODRIGUEZ N., «La Justicia Restaurativa en el sistema penal. Reflexiones sobre la Mediación», en MARTIN DIZ (Dir.) *La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 208.

²⁶ Vid. GUARDIOLA M. J., ALBERTÍ M. y otros, en TAMARIT SUMALLA J., *La Justicia Restaurativa*, ob. cit., p. 239.

algunos representantes de la comunidad o si sería más recomendable que lo fueran del entorno en el que se haya delinquido, o incluso si lo sería la participación del estado, ya que pueden plantearse problemas cuando los valores de la comunidad que participa son distintos a los normativos, además de que en muchos contextos sociales no existe una comunidad reconocida y que cuente con redes de apoyo para implicarse. En cuanto a la participación del estado, en general, en los procesos restaurativos, se realiza a modo de control legal, por lo que los defensores de esta justicia no pretenden prescindir de la intervención del estado sino de incrementar la participación de la sociedad civil²⁷.

3.3. La reparación del daño como fin esencial de la Justicia Restaurativa

Uno de los fines esenciales que persigue la justicia restaurativa, su fin primordial, es la reparación del daño a la víctima. Mientras que la Justicia tradicional tiene como fines la retribución por el injusto cometido, la prevención general y la especial, la justicia restaurativa pone su mayor acento en la reparación a la víctima, como forma también de reparar el daño a la comunidad.

Pero, ¿qué es la reparación o en qué consiste reparar? La reparación es un instituto que procede del Derecho civil de daños, sin embargo, el concepto de reparación que se defiende es un concepto de reparación más amplio²⁸: más allá de la reparación económica está la reparación simbólica, la realización de determinados trabajos o servicios por acuerdo con la víctima, el perdón, la reconciliación o las peticiones de disculpas²⁹; son conceptos que exceden de un concepto de reparación de carácter civil, e incluyen conceptos ético- religiosos o filosóficos que pueden tener determinadas consecuencias en el ámbito penal si se ajustan a los criterios legales.

Se destaca la importancia de que la víctima se sienta reparada, satisfecha, ahora bien, deben establecerse límites a los acuerdos de reparación, especialmente en los casos que puedan ser degradantes, o en aquellos otros que la víctima no quiera aceptar la reparación; por algunos au-

²⁷ En este sentido, siguiendo a Braithwaite, LARRAURI, E., «Tendencias actuales de la Justicia...», en PÉREZ ÁLVAREZ F., *Serta: In Memoriam...*, ob. cit. p. 446.

²⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS, A. en *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1058.

²⁹ Vid. ZHER, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, ob. cit., p. 22. La justicia restaurativa coincide con la exigencia de admisión de una responsabilidad activa por la que el ofensor reconozca el mal que ha causado. Implica, además motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle a dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible.

tores se ve la necesidad de regular unos principios legales que marquen los tipos de sanciones y el tiempo de cumplimiento³⁰. Evidentemente el control legal no puede obviarse, pero en ningún caso pueden determinarse tipos de sanciones penales como consecuencia de la aplicación de la justicia restaurativa, cuya esencia es el acuerdo para la restauración o reparación del daño, llevando implícita en su esencia la voluntariedad, la cual ya por sí sola excluye tanto la regulación de las sanciones a aplicar, como el concepto mismo de reparación equiparable a una sanción.

Las críticas en torno a estas soluciones consensuadas entre las partes han venido desde la rama jurídica y la criminológica³¹; los primeros, por la vulneración de los principios fundamentales del derecho: véase la vulneración del principio de igualdad, al poder alcanzarse distintos resultados para casos similares; igual suerte correrían las críticas desde el principio de proporcionalidad puesto que se deja en manos de la víctima y la comunidad la resolución del caso, pudiendo adoptarse soluciones desproporcionadas, y por último, se critica la posible vulneración del principio de imparcialidad, puesto que no participan terceras personas imparciales sino las propias partes afectadas y por tanto con peticiones de consecuencias parciales. Todo ello va unido a una concepción de delito indisponible para los particulares por afectar a los intereses públicos, de lo que viene siendo la concepción clásica de la justicia, donde el *ius puniendi* pertenece al estado. Ahora bien, estas críticas parecerían justificadas si la justicia restaurativa resultara una alternativa a la justicia penal, pero no se sostienen si pensamos en una justicia restaurativa complementaria, imbuida por las mismas garantías de los derechos, para la conformación de un *modelo integrador* de justicia.

Las críticas desde las teorías criminológicas se producen, en tanto en cuanto que ven peligrar, que se sustraigan del sistema penal formal muchas conductas ilícitas, como forma de huida a posiciones más benévolas para los sujetos infractores; de ahí que pretendan restringir la aplicación de la justicia restaurativa a los casos menos graves, lo que ha generado en muchos casos efectos perversos de expansión del derecho penal, contrario al principio de subsidiariedad y de intervención mínima, generando un efecto de «extensión en la red»³².

La justicia restaurativa persigue la humanización de la justicia, incentivando a su vez la responsabilización del victimario, quien tomará verdadera

³⁰ Vid. LARRAURI, E. «Tendencias actuales de la Justicia Restauradora...», *ob. cit.*, p. 449.

³¹ Vid. LARRAURI E., *idem*, p. 454-455

³² LARRAURI, E., *Ídem.*, p. 464.

consciencia del hecho cometido, del daño ocasionado a la víctima, y de cómo repararlo, para de esta forma salir del estigma que le provoca la culpabilidad por el ilícito cometido, y conseguir la reinserción en la comunidad.

3.4. La búsqueda de la paz social como finalidad intrínseca

La aplicación de la justicia restaurativa pretende como fin último la pacificación³³ de la sociedad, que se producirá al tomar conciencia el victimario del daño realizado a la víctima por la realización de su conducta; la autorresponsabilización del daño facilitará su reinserción en la sociedad, desde valores como el respeto a la víctima y a la sociedad, con la asunción voluntaria de las norma y favoreciendo de este modo la paz social.

La reparación, desde una perspectiva de prevención especial se valora como el esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad, va a conducir a la aceptación por su parte de las normas de la comunidad, reafirmandose de esta forma la prevención especial positiva. En consecuencia, el Derecho penal que se orienta en la reparación favorece la resocialización del delincuente, y por tanto también contribuye a la pacificación³⁴.

4. LOS PROCEDIMIENTOS RESTAURATIVOS: LA COMUNIDAD EN LA PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Dentro de la Justicia restaurativa podemos encontrar otros procedimientos, al margen de la mediación, que igualmente cuentan con soporte legal europeo, lo cual indica que la Unión Europea está admitiendo estos nuevos modelos de resolución de conflictos³⁰, ofreciendo a los estados miembros la oportunidad de incorporar estos métodos que sirven de apoyo a las víctimas y a la lucha contra la victimización secundaria.

Según el *Considerando 46 de la Directiva 2012/29/UE³⁵ relativa al Estatuto de la Víctima* se dice:

³³ ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, nº 8, pp. 19-30.

³⁴ GORDILLO SANTANA, L. F., en *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, ob. cit. p. 70. MERINO ORTIZ, C y ROMERA ANTON, C., «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», *Revista Eguzkilore*, nº 13, Instituto Vasco de Criminología, Julio, 1998.

³⁵ Directiva 2012/29/UE 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 por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

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

En los siguientes epígrafes se va a tratar sobre otros procedimientos restaurativos, al margen de la Mediación; sin embargo, el abordaje va a ser somero, sin entrar en un estudio exhaustivo de dichas instituciones, dada la escasa incidencia que tienen en nuestro país.

Respecto a la Mediación penal, constituyendo el procedimiento más importante, nos referimos a él específicamente en los dos capítulos siguientes, (en el **Capítulo VI** relativo a la mediación en el Derecho penal de adultos y el **Capítulo VII** que aborda el régimen especial con menores, teniendo en cuenta a su vez, las especialidades aragonesas en esta materia).

4.1. El Conferencing o Conferencias

El *Conferencing* es una institución muy efectiva dentro de la justicia restaurativa si tenemos en cuenta los positivos resultados que arroja. Se trata de unos encuentros restaurativos, donde no sólo participan la víctima y el infractor, sino también personas que representan a la comunidad, como policías, familiares y personas cercanas, abogados, etc.

El origen se sitúa en Nueva Zelanda, y toma como modelo un conjunto de prácticas tribales tomadas de los aborígenes, más en concreto de los maoríes. Esta práctica restaurativa ha servido en países, como en los Estados Federados Australianos, Canadá, Estados Unidos, Sudáfrica, Irlanda del Norte, Gales, Noruega Países Bajos, Bélgica o Sudáfrica, para seguir trabajando en la desjudicialización, a través de la implantación de diferentes encuentros restaurativos para la resolución de los conflictos³⁶.

La justificación para la intervención de una Conferencia restaurativa y no una Mediación, puede ser que la comunidad también se vea damnificada, participando la misma, de esta manera, en una doble dirección, como apoyo a ambas partes, víctima y victimario, y, como parte dañada por un delito, teniendo este doble rol³⁷. Normalmente el papel en representación de la comunidad lo ostenta un policía.

Dentro de las Conferencias, podemos encontrar dos modelos, que son los más utilizados:

³⁶ MIGUEL BARRIO, R, en *Justicia restaurativa y justicia penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, p.118.

³⁷ MARSHALL, T., *Restorative Justice. An Overview*, Home office, London, 1999.

4.1.1. Family Group Conference. (FGC)

La definición que recoge más ampliamente este modelo es la aportada por MACRAE Y ZHER³⁸, que la definen así:

(...) un tipo de proceso de toma de decisiones que implica un encuentro cara a cara entre el ofensor, su familia, las víctimas y sus personas de apoyo, un representante de la policía, y si el caso lo requiere, otras personas.

Este modelo es originario de Nueva Zelanda, y es un modelo integrado en la justicia de menores. Como caracteres generales merece destacar los siguientes:

- 1) Es utilizado en delitos graves
- 2) La comunidad está representada por un policía
- 3) No sigue un guion preestablecido,
- 4) Permite la intervención de letrados.

Debemos diferenciar el modelo FGC de las propias prácticas maoríes, que no constituyen una práctica de justicia indígena, aunque hayan bebido de ella, tomando como referente a la comunidad, más allá de las partes enfrentadas únicamente. El modelo es lo suficientemente flexible que permite su adaptación a todas las culturas, y de éste se derivan múltiples variaciones, a las cuales no nos vamos a referir, ya que el objeto fundamental de este trabajo es estudiar en profundidad la mediación desde la perspectiva de la justicia restaurativa.

4.1.2. Modelo Wagga o Police Led Conferencing

Este modelo nace en los Estados Federales Australianos, debido a la cercanía con Nueva Zelanda, que supuso una rápida implementación y fue desarrollado en la ciudad de Wagga en el año 1991 para delitos leves cometidos por menores no reincidentes. Este modelo denominado *Conferencing Wagga Model*, se desarrollaba por el Servicio de la policía, siendo el facilitador un miembro de la policía, normalmente el que había formado parte de la detención del menor. Esta situación comporta una quiebra del principio de imparcialidad ya que no se trataba de un tercero ajeno al asunto:

- 1) Es utilizado en delitos leves
- 2) Un policía interviene como facilitador

³⁸ GUARDIOLA, M.J, ALBERTÍ, M., CASADO, C, MARTINS, S. y SUSANNE, G, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 67.

- 3) Existe un guion establecido de antemano
- 4) No se permite la intervención de letrados.

En las Conferencias, como requisito previo, en todo caso, debe de darse por parte del infractor el reconocimiento del daño, ya que el desarrollo de esta institución, parte de un plan de trabajo que desemboque en la reparación de la víctima y la resocialización del victimario. Este plan de trabajo se elabora por ambas partes, por sus familias, y personas del entorno más cercano. Se ha desarrollado eficazmente en la justicia de menores, a tenor de las necesidades educativas que requieren.

4.2. El *Círculo* o *Círculo*

A la hora de analizar este procedimiento, debemos tener en cuenta que no existe un consenso y que, por tanto, existen multitud de variantes de definiciones, que están impregnadas de ideologías, sobre todo de carácter religioso; como idea base podemos expresar que el *Círculo* constituye un espacio seguro para que mediante el diálogo puedan manifestarse sentimientos y emociones.

El *Círculo* es fundamental para las culturas tradicionales aborígenes; se puede utilizar para el manejo del delito y del comportamiento delictivo. Las culturas indígenas en todo el mundo tienen una gran variedad de procesos para responder al comportamiento delictivo.

El origen de los círculos proviene de las distintas comunidades indígenas que para resolver sus conflictos utilizaban la práctica de los círculos, sin embargo parece que son las prácticas de los pueblos aborígenes de Canadá (*First Nations*) y en Estados Unidos (*Navajos*) los que mayor influencias hayan tenido en la actualidad³⁹.

Una característica esencial que lo diferencia de otros modelos restaurativos es que en el *Círculo* pueden participar todas aquellas personas, miembros de la comunidad, que tengan un interés en involucrarse; persiguen los mismos fines de restauración del daño causado a la víctima y a la sociedad, y la consecución de su fin último también sería la pacificación de la sociedad⁴⁰.

El modelo se basa en una serie de valores con gran peso de la tradición, acompañada de ritos o ceremonias, que variarán dependiendo de la cultura y valores del lugar donde se realicen. La función del facilitador es conseguir que los miembros del grupo participen expresando su opinión ayudando a la resolución del conflicto.

³⁹ MIGUEL BARRIO, R, en *Justicia restaurativa y justicia penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, p.161

⁴⁰ BELTRAN MONTOLIU, A., «Modelo de mediación en Estados Unidos», en BARONA VILAR, S., *La mediación penal de adultos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.59.

La evolución de estas instituciones, de carácter restaurativo han seguido dos caminos, que constituyen dos modelos consolidados:

4.2.1. Círculos de Víctimas o de Sanación

Estos círculos generan mucha confusión ya que cuentan con varias denominaciones que obedecen a prácticas diferenciadas como el *Panel restaurativo*, *Círculo de paz* o *Círculo de apoyo*.

El origen y fundamento de los Círculos de sanación está en la iniciativa de líderes tribales en dar respuesta a los problemas de incesto y delitos sexuales de las comunidades aborígenes. El enfoque no era resolver penalmente el conflicto sino sanar emocionalmente a las víctimas, que a tenor de las dinámicas generadas lo eran en su infancia, pudiendo pasar posteriormente a ser agresores en su edad adulta.

Actualmente la derivación de aquellos Círculos ha evolucionado al tratamiento de apoyo de las víctimas, con la superación de los efectos traumáticos, sin entrar en la resolución del conflicto.

4.2.2. Círculos de paz y Círculos de Sentencia

Estos círculos se centran en elaborar un plan de sentencia o reparación que solucione el conflicto.

Una definición⁴¹ acertada es la que proporcionan BACEMORE Y UMBREIT:

(...) el círculo de sentencia es una estrategia holística reintegradora diseñada no solo para atender al comportamiento criminal y delictivo de los delincuentes, sino también para tener en cuenta las necesidades de las víctimas, las familias, y la comunidad

El Círculo, por tanto, tiene entre sus fines la reparación de la víctima y la resocialización del delincuente, pero no va a sustituir a la pena, sino que ésta va a tener un carácter complementario al mismo; solamente un infractor puede liberarse de las consecuencias del delito, es decir, de la pena, en los casos de escasa gravedad y cuando haya cumplido suficientemente con el plan de reparación.

En la actualidad, para iniciar un Círculo se deben de dar dos presupuestos básicos:

1. La asunción de la responsabilidad por parte del victimario.
2. La derivación del asunto por parte del juez o el fiscal

⁴¹ MIGUEL BARRIO, R, en *Justicia restaurativa y justicia penal*, ob. cit. que refiere a BAZEMORT, G y UMBREIT, M., «Acomparison of four restorative conferencing models», en *Juvenile Justice Bulletin*, 2001 pp. 1-20, esp. p.6.

El propio Círculo es el que se encarga de controlar el cumplimiento de los acuerdos, y en caso de incumplimiento puede solicitar la ejecución de lo acordado o la celebración de una vista si se persiste en la negativa al cumplimiento del plan elaborado.

El Círculo de paz y de sentencia responden a una misma realidad, pero la denominación de Círculo de sentencia parece que sólo puede ofrecerse la participación a los miembros de la justicia, por lo que parece más conveniente la denominación de *Círculos de Paz*.

4.2.3. Círculos de apoyo

Los círculos de Apoyo se basan en la reintegración del delincuente. La comunidad de apoyo está formada por miembros voluntarios de la sociedad y por profesionales de diferentes ramas del conocimiento ofreciendo una seguridad en la comunidad.

En España estos Círculos de apoyo se están desarrollando en el acompañamiento de reclusos para su reintegración pacífica a la sociedad, trabajando la responsabilización y la reparación⁴². En países como Reino Unido o Canadá han puesto el acento en la delincuencia sexual, al provocar una mayor alarma en la sociedad.

⁴² GONZALEZ RIVERO, P., «Una experiencia de justicia restaurativa en fase de semilibertad en el CIS de Navalcarnero», en *Diario La Ley*, 2018, nº 9240.

II

LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

1. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA: NORMAS DE «SOFT LAW»

1.1. Naciones Unidas

- *La Resolución ONU 26/99 de 28 de julio sobre desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de justicia restaurativa en la justicia Criminal*, reconoce que los mecanismos tradicionales de justicia no siempre ofrecen una respuesta adecuada a la criminalidad de carácter leve, y que deben de facilitarse mecanismos de encuentro entre víctima y delincuente, bajo la supervisión de la autoridad judicial, que faciliten la indemnización por los daños sufridos y la prestación de servicios a la comunidad, y se realiza un llamamiento a los estados para que acojan mecanismos alternativos a los procesos ordinarios de justicia penal mediante la aplicación de políticas basadas en la justicia restaurativa y la mediación.

- *La Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal*, con la adopción de modelos de flexibilidad, para la implantación de programas alternativos, de carácter complementario del proceso penal, aludiendo a la *Mediación*, la *Conciliación*, el *Conferencing* y las *Sentences Circles*.

- *El manual sobre programas de justicia restaurativa* preparado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2006⁴³, presenta una visión general de las consideraciones esenciales que han de tenerse en cuenta para aplicar medidas en respuesta a la delincuencia que sean de carácter participativo y con un enfoque de justicia restaurativa.

- *La Resolución aprobada por el Consejo Económico y Social de 26 de julio de 2016* sobre la solicitudes de observaciones a los estados miembros y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como de los institutos que integran la red del Programa de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, recoge la conveniencia de establecer principios comunes y medios para la aplica-

⁴³ *Handbook on Restorative Justice Programmes*, Criminal Justice Handbook Series (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.06.V.15).

ción de programas de justicia restaurativa en materia penal, con el objeto de profundizar en los principios básicos para su desarrollo.

1.2. Consejo de Europa

1.2.1. Recomendaciones

- *La Recomendación R (83)7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, está orientada a potenciar la participación en la elaboración de políticas criminales y a facilitar la reparación de las víctimas, como forma de sustitución de las penas privativas de libertad.

- *La Recomendación R (85)11 de 28 de junio de 1985 sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal*, recomienda a los gobiernos de los estados miembros que la aplicación de la justicia debe de ir orientada a la reparación del daño sufrido por la víctima, teniéndose en cuenta el esfuerzo reparador realizado por el autor del delito.

- *Recomendación R (86), 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, relativa a las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo en los juzgados.

- *La Recomendación R (87) 18 de 17 de septiembre de 1987 sobre la simplificación de la justicia penal*, recoge la relevancia del principio de oportunidad y recomienda a los estados a potenciar los principios de descriminalización y de intervención mínima.

- *La Recomendación R (87) 21 de 17 de septiembre de 1987 sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, señala a la Mediación entre el delincuente y su víctima como una de las medidas para evitar la victimización.

- *Recomendación R (92) 16 del Comité de Ministros de del Consejo de Europa* sobre las reglas europeas sobre sanciones y medidas comunitarias, como medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

- *La Recomendación R (99) 19 del 15 septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación en asuntos penales*, determina expresamente la introducción de la Mediación en las legislaciones de los estados miembros sobre las siguientes consideraciones⁴⁴: 1) valora positivamente una participación activa de la víctima en el proceso penal; 2) reconoce el interés legítimo de las víctimas a expresar las consecuencias de su victimización, de comunicarse con el delincuente, pedirle

⁴⁴ Consideraciones extraídas por la magistrada FREIRE PÉREZ, R.M., «Reparación y conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas e imputados», en SÁEZ VALCARCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dir.): *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder judicial (escuela judicial), 2006, p. 95.

explicaciones y una reparación; 3) potenciar la autorresponsabilidad del delincuente y favorecer su rectificación.

- *Recomendación R (2003) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa* relativa a la colaboración en la prevención del delito.

- *Resolución N^a 2 de la 26^a Conferencia de ministros europeos de Justicia en Helsinki (7-8 de abril de 2005)*, donde se enfatiza que la justicia restaurativa puede satisfacer mejor los intereses de las víctimas del delito, aumentar las posibilidades de inserción del delincuente y el aumento de la confianza de la comunidad respecto al sistema penal de justicia.

- *La Recomendación R (2006) del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la normativa de prisiones*, donde señala que las autoridades penitenciarias usaran los mecanismos de restauración y mediación para resolver las disputas entre las personas presas y contra ellas. Asimismo, prevé que las personas presas también puedan acceder a los servicios de justicia restaurativa y a la realización de actos de reparación.

- *La Recomendación R (2006) de 14 de Junio de 2006 sobre asistencia a las víctimas en las infracciones*, reconoce los beneficios de la mediación para las víctimas, por lo que se decanta por facilitar a las víctimas la oportunidad de participación, con la debida protección y con el máximo respeto a la voluntariedad, la confidencialidad y la independencia de los procesos de mediación⁴⁵.

- *La Recomendación R (2010) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas a cerca de la libertad condicional (probation)*, que determina en su artículo 97 que cuando las agencias de libertad condicional estén involucradas en procesos de justicia restaurativa, los derechos tanto de las víctimas como de los infractores y también de la comunidad, deberán estar definidos y garantizados.

- *La Recomendación R (2018) 8 de 3 de octubre de 2018 del Comité de Ministros* a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, reconoce el carácter de complementariedad de la justicia restaurativa en los procesos penales tradicionales y también su carácter alternativo, la necesidad de aumentar la participación, el interés mostrado por las víctimas

⁴⁵ *Vid.* en su artículo 13, epígrafe dedicado a la mediación, en su apartado 2) «los intereses de las víctimas deben ser completa y cuidadosamente tenidos al decidir antes y durante el proceso de mediación. Deben de tenerse en cuenta no solo los beneficios potenciales sino también los riesgos potenciales para la víctima». 13.2: «cuando la mediación se ha previsto, los estados deberían apoyar la adopción de normas claras para proteger los intereses de las víctimas. Estos deben incluir la capacidad de las partes de dar su consentimiento libre, las cuestiones de confidencialidad, el acceso a un asesoramiento independiente, la posibilidad de retirarse del proceso en cualquier etapa y la competencia de los mediadores».

y la necesidad de suscitar el sentido de la responsabilidad entre los ofensores; y apuesta por la promoción de la justicia restaurativa en las causas penales, refundiendo en esta recomendación el concepto y los principios de funcionamiento de la justicia restaurativa, incluyendo como tales a la mediación, las conferencias restaurativas, las conferencias de grupo familiar, los círculos de sentencia y los círculos de pacificación, entre otros.

1.3. Unión Europea

En el seno de la Unión Europea es donde la Justicia restaurativa ha contado con mayor fuerza jurídica, debido esencialmente al carácter vinculante de sus disposiciones.

- *El Consejo Europeo de Tampere (1999)* comprometía a los Estados Miembros a ampliar el ámbito de la resolución alternativa de conflictos al campo de la mediación penal, cuyas conclusiones se recogen en el *Libro Verde*⁴⁶, y el desarrollo de *códigos de conducta* para mediadores, ofrecía una regulación de la ética para los procesos de Mediación, como el *Código de Conducta para Mediadores en 2004*.

- *La Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal*, proporcionaba una apuesta clara hacia la justicia restaurativa dentro de un marco de protección integral a las víctimas, sustituida por la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre 2012* por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, además de determinar los requisitos y condiciones para el desarrollo de la justicia restaurativa y la mediación.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo, que sustituye a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, a juicio de algunos autores, esta nueva regulación en torno a la justicia restaurativa, es concebida como un riesgo de generar victimización secundaria, lo que ha llevado a críticas por parte de algunos sectores, como el *European Forum for Restorative Justice*, que han cuestionado las insuficiencias y los temores vertidos en la nueva directiva⁴⁷. Sin embargo, no es de extrañar que ante una justicia que se declara protectora en favor de las víctimas, tras los muchos años de invisibilización y relegadas a un papel secundario, cualquier propuesta de cambio contemple de forma explícita su necesidad de protección.

⁴⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366>

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, J., pp. 29-30.

III

LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En España no existe una ley que regule la Mediación penal ni la Justicia Restaurativa a diferencia de otros países de nuestro entorno⁴³. El artículo 2.2 de la *Ley 5/ 2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en su apartado a) excluye del ámbito de aplicación de esta ley a la mediación penal. Tampoco se ha producido una modificación sustancial en la ley procesal penal que instaure un modelo restaurativo de justicia complementario al sistema vindicativo actual, toda vez que sí se han introducido reformas para dotar de una mayor celeridad a los procesos penales, como por ejemplo es el caso del Enjuiciamiento por delitos de carácter leve o el Procedimiento por aceptación de decreto. Sin embargo, la justicia restaurativa hoy en España es una realidad constatable en todo nuestro territorio nacional, gracias al empeño de muchos operadores jurídicos, profesionales independientes y organizaciones del Tercer Sector.

El Consejo General del Poder Judicial, las administraciones de justicia y distintas organizaciones han impulsado proyectos de mediación en toda nuestra geografía, consiguiendo resultados muy positivos, no sólo, ni tanto, por el alto porcentaje de acuerdos alcanzados, como por la positiva percepción que los usuarios tienen de estos servicios⁴⁸.

⁴⁸ Vid. MORENO ALVAREZ, R., «El modelo vasco de mediación intrajudicial y la justicia restaurativa», en *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* (Dir. Argudo Pérez, J. L.; coords: González Campo, F. de A. y Júlvez León, M. A.). Madrid, Ed. Reus, 2019; POMPEU, CASANOVAS, JAUME MAGRE, LAUROBA, M.E. (Coord.): *Libro blanco de la mediación en Cataluña*, Departamento de Justicia. Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 661 y ss., donde se relata la experiencia de mediación catalana en distintos ámbitos, incluido el ámbito penal. La evaluación del *Informe de Justicia Restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi (Octubre-Septiembre 2009)* elaborado por GEMA VARONA MARTÍNEZ, localizable en <https://www.ehu.eus/es/web/ivac/justicia-restaurativa>; La experiencia realizada en los años 2005-2008 en los Juzgados de Madrid, en RIOS MARTIN, J.C. PASCUAL RODRIGUEZ, E., SANCHEZ ALVAREZ, P. y otros, *Justicia restaurativa. Análisis de una experiencia de mediación penal en Madrid (2005-2008)* https://www.ammediadores.es/nueva/wp.../experiencia_penal_madrid-2005-2008.pdf.

1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES

1.1 Conciliación entre el ideal restaurador y el interés del menor en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad del menor y el Real Decreto 1774/2004

La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LO-RRPM) y su reglamento de desarrollo, el RD 1774/2004, han orientado la legislación del menor infractor, hacia la adopción de medidas que, fundamentalmente, no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia su efectiva reinserción.

El principio que preside esta regulación es el *interés superior* del menor, y de ahí que esta legislación haya sido pionera en la aplicación de medidas alternativas orientadas hacia la conciliación, la reparación y la mediación, que está prevista tanto en la fase previa del procedimiento como en la fase de ejecución de la medida privativa de libertad.

El análisis de esta normativa se lleva a cabo en el Capítulo VII, que contempla específicamente el desarrollo y aplicaciones de la Justicia restaurativa y la Mediación penal en el Derecho especial de menores, y en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de Aragón

Se considera especialmente que los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos pueden ser buenas herramientas para favorecer la reeducación y la reinserción del menor; el hecho de la posible participación de las víctimas y de las familias de ambas partes, en el proceso mediador, así como la labor facilitadora del educador han sido reconocidos como básicos para responsabilizar al menor del hecho cometido y para darle la oportunidad de reparar el daño directamente a la víctima o a la comunidad. De hecho la justicia procedimental asume que cuando se hace participar a las personas en las decisiones y comprenden las razones de las mismas son más proclives a aceptarlas y cumplirlas⁴⁹.

JR DE MENORES	Y	JR DE ADULTOS
<ul style="list-style-type: none">• El protagonismo de las víctimas debe de conjugarse con el interés superior del menor• Mayor flexibilidad.• El sobreseimiento es la consecuencia jurídica del cumplimiento del acuerdo de reparación		<ul style="list-style-type: none">• La justicia restaurativa en adultos está condicionada por el marco procesal de los procedimientos judiciales• Los acuerdos de reparación están condicionados por los derechos y garantías de las partes. Constitución Española.

⁴⁹ BERNUZ BENEITEZ, M.J., «La legitimidad de la justicia de menores: entre la justicia procedimental y justicia social», *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero, 2014, p.14.

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE ADULTOS

2.1 El artículo 80 CP en relación con el Art. 84.1 del CP

El artículo 84.1 del Código Penal (CP), tras la modificación introducida por la Ley 1/ 2015 de 39 de marzo, ha realizado una apuesta por la mediación en sede de suspensión de la pena, con la posibilidad de suspensión de la misma en el caso *del cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*, para penas inferiores a dos años dentro de los supuestos del Art. 80 CP, que se determinan en su apartado 2.

Se establece un *criterio general de oportunidad reglada*, en el Art. 80, apartado 1 :

Para el caso de la ejecución de penas inferiores a dos años, son susceptibles de suspensión, a criterio del juzgador, aquellos casos en que el cumplimiento de la pena *no se considere necesaria* para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Este criterio general de oportunidad, contemplado en apartado 1 del artículo 80 CP, queda delimitado en el segundo párrafo, a través de la valoración de determinadas circunstancias, concretadas como condiciones *ex lege* para la suspensión de la pena, pero que no excluyen amplias facultades de discrecionalidad del juez.

Las circunstancias a tenerse en cuenta por el juez para proceder con la suspensión de la pena se pueden agrupar en torno a tres tipos.

• Primer grupo: Las circunstancias en torno al delito

1) En primer lugar, las circunstancias en torno al delito quedan delimitadas por los tipos delictivos que pueden ser objeto de suspensión. En este caso se establece un criterio cuantitativo que consiste en que la pena o la suma de penas impuestas sea *inferior a dos años*.

2) En segundo lugar, que el condenado haya delinquirido por primera vez, es decir sea un *delincuente primario*.

A estos efectos no se tendrán en cuenta las condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan, o pudieran haber sido cancelados, ni tampoco los antecedentes penales relativos a delitos que por su naturaleza o circunstancias que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. Por tanto, quedan márgenes de discrecionalidad del juez para otorgar la suspensión en su caso de la pena atendiendo a dichas circunstancias, lo

cual se considera positivo, ya que elimina el automatismo en la aplicación de la ley.

3) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.

El artículo 80.3 CP exige como requisito para la suspensión *el pago de la responsabilidad civil*. Este requisito se equipara con el compromiso al pago⁵⁰, es decir, con el hecho de que la conducta del penado tienda hacia el resarcimiento de las responsabilidades civiles, con la salvedad de que el penado careciera de capacidad económica.

4) Se añade un *supuesto excepcional* en el artículo 80.3 que permite también aplicar la suspensión a los *reos reincidentes*, con la salvedad de que no se trate de delincuentes habituales, y que las *penas individualmente consideradas no excedan de dos años*, (al igual que en el supuesto general).

• ***Segundo grupo: Las circunstancias personales y familiares del penado***

En este segundo grupo se incluyen en primer lugar, las circunstancias personales del penado, como las circunstancias anteriores al hecho delictivo, su conducta posterior, y en particular, dice la norma, «*su esfuerzo por reparar el daño causado*». El juez discrecionalmente deberá valorar cuándo positivamente se considera que ha habido un esfuerzo en reparar el daño, que normalmente sucede cuando ya se ha iniciado con el cumplimiento de la reparación.

En segundo lugar, también se tienen en cuenta sus circunstancias familiares y sociales, como el hecho de que cuente con apoyo familiar, un trabajo, etc.

Se suprime el concepto de «*peligrosidad criminal*» del CP de 1995, no obstante, lo cual, las circunstancias anteriormente detalladas vienen a comprender un cierto concepto de peligrosidad criminal, que el juez puede valorar con la reforma, con una mayor discrecionalidad, resolviendo conforme a criterios motivados de ponderación de dichas circunstancias y declinar la balanza en su caso hacia la suspensión de la pena.

La revocación de la suspensión quedaría justificada por conductas tendentes a ocultar bienes, eludir información sobre los mismos, u obstaculizar el decomiso, e implicaría el cumplimiento de la pena impuesta.

⁵⁰ La reforma operada en el Código Penal tras la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 1 de julio de 2015 de reforma del Código penal, ha supuesto una modificación sustancial de todo el régimen legal relativo a la suspensión de la ejecución de las penas (art. 80 CP y 81 CP), así como la revocación de dicha suspensión (art. 86 CP).

El supuesto especial contemplado en el apartado tercero del artículo 80 CP se basa especialmente en estas circunstancias personales del reo, ya que también podrá aplicarse la suspensión de la pena a reos reincidentes, siempre que éstos no sean habituales; dicha excepcionalidad está basada precisamente en la atención a sus *especiales circunstancias personales*, en particular el esfuerzo en reparar el daño causado, de tal manera que el propio texto recoge que «la suspensión está condicionada a que se haya producido la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado, conforme a sus posibilidades físicas y económicas»;

Se trata, por tanto, de una vía excepcional, que pone el acento en las condiciones particulares del penado, de tal forma que el juez podrá ponderar estas variables en torno a las circunstancias del caso en concreto. Ello conlleva una mayor flexibilidad concedida al juez para ampliar los supuestos susceptibles de suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad que se acomoden a las referidas circunstancias.

La importancia del artículo 84.1.1^a CP en relación con la mediación penal es que abre todo un abanico de posibilidades ofrecidas a las partes para gestionar en primera persona la manera de compensar o resarcir a la víctima del delito, ya que, «de forma alternativa,» el juez puede conceder la suspensión acreditando la efectiva reparación del daño, de conformidad a las posibilidades del penado o bien acreditando el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en un proceso de mediación.

Artículo 84.1.1^a: El juez también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación

Por tanto, el legislador español con la reforma operada en 2015 está atribuyendo a la mediación consecuencias más ventajosas en relación a la suspensión de la pena, cuando se cumpla el acuerdo de mediación alcanzado por las partes. Lo relevante, en este caso es que las partes, por sí mismas, van a poder determinar los acuerdos que consideren convenientes para la restauración o reparación del daño, así como el modo, forma y tiempo de realizarlos, consiguiendo un protagonismo sin precedentes en nuestro sistema de justicia, que hasta ahora sólo contemplaba las expresas consecuencias impuestas en la sentencia, concretadas en la fase de ejecución. Ahora bien, *el acuerdo de mediación deberá ser homologado o validado por el juez*, ya que no deberá sobrepasar los límites de la legalidad y los principios generales de una justicia democrática.

Una vez alcanzado el acuerdo, la garantía de cumplimiento del mismo va a ser potestad jurisdiccional, no competencia del mediador; esta cuestión la abordaremos al hablar de la estructura del procedimiento de mediación y la implementación de los acuerdos en el proceso penal (Capítulo VI).

La suspensión de la pena puede acompañarse de determinadas medidas que el juez puede acordar cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. Son las medidas establecidas en el artículo 83 CP: prohibición de aproximación a la víctima y/o familiares, prohibición de residencia en determinados lugares, mantener un lugar de residencia determinado o ausentarse del mismo sin autorización judicial, participar en programas formativos, participar en programas de deshabituación del consumo de alcohol, drogas y otros comportamientos adictivos, entre otras.

En consecuencia, es facultad del juez condicionar la suspensión del ingreso en prisión, al cumplimiento de medidas que considere convenientes para evitar el peligro en la comisión de nuevos delitos. Si las partes han alcanzado un acuerdo de mediación, este acuerdo pasa en primer lugar por la homologación judicial y a su vez por la *posibilidad de ser completado con medidas* que resulten necesarias a criterio judicial para evitar nuevos riesgos en la comisión de delitos futuros. Estas medidas son susceptibles de modificación, ampliación o supresión, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 85CP.

• ***Tercer grupo: Los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y el cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.***

Los efectos que cabe esperar de la suspensión de la pena guardan relación con la *no necesidad de pena*, puesto que con el cumplimiento de los requisitos legales establecidos y la discrecionalidad del juez en cada caso concreto permite ponderar la aplicación efectiva del cumplimiento de la pena privativa de libertad con la posibilidad de suspenderla, en atención a las circunstancias determinadas a valoración del juez.

Durante todo el período de suspensión de la pena, deben mantenerse las circunstancias que han permitido la suspensión, el reo deberá de cumplir todas las medidas impuestas, y lo que es más importante, no volver a delinquir, ya que, en caso contrario, el juez podrá revocar la suspensión de la condena y ordenar su cumplimiento, tal y como prescribe el artículo 84 CP.

2.2. La opción de las víctimas en favor de la justicia restaurativa tras la Ley 4/2015 del Estatuto Jurídico de la Víctima

La Ley 4/2015, de 27 de abril, responde a una necesidad histórica en favor de las víctimas, como es la regulación en un mismo cuerpo legal de la asistencia integral necesaria para las víctimas y los perjudicados, con ocasión de la comisión de delitos. El legislador con el fin de superar la dispersión normativa y su heterogeneidad, en un único cuerpo normativo pretende solventar la necesaria protección integral de todas las víctimas de del delito⁵¹.

Los antecedentes y fundamentos de un estatuto para las víctimas, se encuentran en la *Decisión Marco 2001/220/ JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001*, que reconoce una serie de derechos de carácter procesal, incluidas la protección y la indemnización de las víctimas. El informe de la Comisión europea de 2009 detectó que ningún país miembro había aprobado un texto único que sistematizara los derechos de las víctimas. La Directiva se adscribe al denominado modelo habilitante, en tanto que no circunscribe la derivación a determinados injustos penales, ni tampoco prohíbe a priori ninguna tipología delictiva⁵².

Con respecto a España, existen diferentes normas particulares de protección a las víctimas como la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, que implantó una red de oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos, canalizando sus primeras necesidades , de atención personal y asistencia económica, la *Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor*, la *Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de Protección integral contra la Violencia de Género*, así como la *Ley 29/2011 de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas de Terrorismo*.

Con la aprobación de la *Directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012*, que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, se transpone al derecho interno las exigencias comunitarias en relación a los derechos y protección de las víctimas, y a su vez deberá procederse a la adecuación de la red de oficinas de asistencia a víctimas para adaptarlas a la nueva normativa.

⁵¹ HERRERA MORENO, M. *La hora de la Víctima, Compendio de Victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 270.

⁵² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I J., «El modelo de Justicia Restaurativa tras la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito: las garantías», en FARIÑA F, ROSALES, M. ROLÁN, K, y VÁZQUEZ, M.J. (Coords.), *Construcción de Paz a través de la Mediación: Conocimientos y prácticas de una metodología*. Colección CUEMYC Nº 1. Ed. Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), Pontevedra, 2018, p.237.

Uno de los cambios fundamentales que ha supuesto el Estatuto de la Víctima del Delito, ha sido la configuración de una ordenación en atención a la *protección integral* de las víctimas, entendiéndose un concepto de víctima «en sentido amplio», que incluye a toda persona que haya sufrido las consecuencias de un delito, no solo a las víctimas directas sino también a las indirectas, como son los familiares y asimilados.

El Preámbulo de la ley ya nos anticipa los fines perseguidos de su contenido:

El estatuto pretende ser una respuesta no solo jurídica, sino también social a las víctimas, no sólo reparadora en el marco del proceso penal sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral, que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

Por tanto, estamos ante una *ley integral de protección a las víctimas*, donde los fines son la restauración del daño y la protección integral a través de un catálogo general de derechos, procesales y extraprocesales⁵³.

En relación a la justicia restaurativa, el estatuto jurídico de la víctima abre las puertas a este nuevo concepto de justicia, partiendo de la premisa de que el delito no constituye sólo una infracción de la ley sino también una ruptura de las relaciones humanas y sociales, que debe enmendarse y restaurarse, más allá de la imposición del castigo que prescribe la norma penal.

Este cambio de concepción supone *una ruptura con la concepción tradicional de la justicia*, y en particular de la justicia penal, sin embargo no pretende sustituirla sino ofrecer herramientas de transformación hacia una justicia más humana, que permita a las partes enfrentadas por un delito alcanzar un consenso, facilitando medios tan esenciales para la restauración como el *reconocimiento del daño producido, la reparación, material o simbólica, la petición de disculpas*, u otras consecuencias que pueden allanar el camino hacia la convivencia y la paz social.

La implicación de la comunidad en los procesos restaurativos, tanto en la respuesta al delito como en las medidas preventivas para combatirlo, como resulta del abordaje de los conflictos con una perspectiva restaurativa desde el ámbito comunitario, provocarán una respuesta holísti-

⁵³ Preámbulo del Estatuto jurídico de la Víctima aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I J., «El modelo de Justicia Restaurativa tras la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito: las garantías», en FARIÑA F, ROSALES, M. ROLÁN, K, y VÁZQUEZ, M.J. (Coords.) *Construcción de Paz a través de la Mediación: Conocimientos y prácticas de una metodología*, ob. cit., p.237.

ca a las implicaciones del hecho delictivo, más allá de las consecuencias directas que tienen tanto para la víctima como para el victimario.

El proceso restaurativo debe de distinguirse de los fines perseguidos o de los logros por los acuerdos alcanzados. El proceso en sí mismo ya constituye un camino hacia la paz, la verdad y la restauración. De ahí que la justicia restaurativa no puede ser utilizada como medio para minimizar los efectos de las penas, o desde otro lado, para legitimar posiciones de venganza. La posición del mediador como garante del proceso debe velar por el adecuado uso y ejercicio del potencial restaurativo en cada proceso.

2.2.1. La justicia restaurativa ¿un derecho de las víctimas?

A tenor del artículo 15 del ETJVD, ¿constituye la Justicia restaurativa un derecho de las víctimas?

Artículo 15 ETJVD «*las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa en los términos que reglamentariamente se determinen*»

El hecho de que el artículo 15 del EJVD contemple la posibilidad de acceder a servicios de justicia restaurativa no significa que haya nacido un nuevo derecho de las víctimas, como alternativa y complemento obligado al proceso penal; ello es debido a uno de sus principios inspiradores, que es la *voluntariedad del proceso*. Uno de los principios esenciales de la mediación es el principio de voluntariedad, máxime en el caso de la mediación penal; por tanto, en ningún caso se puede compeler o condicionar ni al infractor ni a la víctima la participación de un proceso restaurativo.

No se puede establecer parangón entre pena y acuerdo restaurativo, ya que son institutos que gozan de naturaleza jurídica diferente: el acuerdo restaurativo no tiene la categoría jurídica de pena, puesto que la pena no es negociable; sólo puede negociarse la manera de compensar el daño ocasionado, ahora bien, este acuerdo alcanzado sí podrá tener consecuencias en la determinación de la pena, o en su caso, en forma del cumplimiento de la misma.

Hay que partir de que *la voluntariedad de los procesos restaurativos constituye su arma más poderosa*; la voluntariedad, a diferencia del carácter obligatorio de la aplicación del derecho penal, permite a las partes enfrentadas por un delito, participar en un proceso flexible, al margen del proceso judicial, que les permitirá abordar las implicaciones del hecho delictivo con libertad, pero dentro de un marco de seguridad, garantiza-

da con la dirección del proceso por parte del mediador, con la posibilidad de reparar el daño ocasionado, en la forma que éstos determinen, siempre dentro de los límites de los derechos y principios generales del derecho que determina nuestra Constitución y las normas internacionales de protección de derechos.

Del carácter voluntario del proceso depende en buena medida la efectividad y el cumplimiento de los acuerdos que se adopten, ya que *no se trata de una imposición ex lege* sino de un consenso alcanzado fruto de un proceso de diálogo, donde cada parte pone al descubierto sus necesidades, sentimientos y emociones, que han estado presentes en el desenvolvimiento del suceso, y que son trascendentales en el momento del encuentro restaurativo, con el objeto de sanarse, repararse, y poner fin al desencuentro acontecido.

Ahora bien, cuando el artículo 15 del Estatuto contempla la posibilidad de acceso a los servicios de justicia restaurativa, lo que sí implica, es que dichos servicios de Justicia Restaurativa deberán establecerse para que las víctimas de delitos puedan hacer uso de ellos, si es que lo desean, y que, por tanto, las administraciones se obligan a procurar su implantación y desarrollo.

Los acuerdos alcanzados conforme a los parámetros restaurativos tendrán su reflejo en el proceso judicial, ya que se podrán modificar las consecuencias jurídicas derivadas del delito, en la determinación de las penas, con la posibilidad de aplicar la atenuante de reparación del daño como cualificada o muy cualificada o una vez, en fase de ejecución de sentencia, con la posibilidad de suspensión de la pena si se cumplen las condiciones exigidas en el artículo 80 CP. En algunos casos, podrán constituir una verdadera alternativa al proceso penal cuando su respuesta haya satisfecho por completo la gravedad por el injusto cometido⁵⁴. Sin embargo, en nuestro Derecho, hay que partir de la escasa disponibilidad que tienen las partes en relación con la acción penal, ello derivado de la propia configuración de los tipos penales, existiendo un número muy escaso de delitos de carácter privado, por lo que los acuerdos de reparación estarán muy delimitados por las consecuencias jurídicas que se contemplan en la norma penal.

Aún a pesar de esa limitación, el margen de maniobra es lo suficientemente importante como para que la víctima pueda encontrar una mejor

⁵⁴ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P. en «La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos», *Revista penal*, 2006, p.61.

respuesta a su situación generada por la comisión del hecho delictivo, y que el infractor, pueda contar con la oportunidad de enmendar y afrontar de otra manera las consecuencias jurídicas de sus actos, teniendo una doble opción, que consiste, o bien, en asumir la responsabilidad de las consecuencias de sus hechos, o acogerse a su derecho a la presunción de inocencia, continuándose en tal caso con el procedimiento judicial.

Por tanto, el artículo 15 LEVD si bien no determina un derecho a la Justicia Restaurativa si presupone la existencia de servicios de Justicia Restaurativa, en concordancia con la Directiva 2012/297 UE del Parlamento Europeo, las Recomendaciones de la Unión europea y las directrices de Naciones Unidas, que todas ellas compelen y apuestan por integrar en los sistemas de justicia procesos restaurativos como la *Mediación*, las *Conferencias* o los *Círculos*⁵⁵.

Con la introducción del Estatuto jurídico de la Víctima nace una obligación legal para el legislador español de crear servicios de justicia restaurativa y de abordar una mínima regulación de la justicia restaurativa.

La normativa internacional y europea, así como el derecho comparado de muchos países europeos choca frontalmente con la escasa dimensión regulativa de la Justicia Restaurativa en España, refiriéndose exclusivamente a la justicia restaurativa en el estatuto jurídico de la víctima; en un sentido negativo prohibiendo la mediación en la Ley Integral contra la violencia de género, y en el Artículo 84.1.1ª CP, dentro de uno de los supuestos para la suspensión de la pena, dejando, por tanto, en una situación de anomia al resto de procesos restaurativos.

Se hace necesaria una nueva regulación que regule la justicia restaurativa en consonancia con las previsiones legales establecidas en el Estatuto Jurídico de la Víctima, y en cumplimiento con el principio de igualdad deberá contemplarse también desde el lado del infractor, concediendo la posibilidad de optar por la justicia restaurativa, una vez que la víctima también preste su consentimiento y el caso haya pasado por el filtro de «delito mediable» por el órgano jurisdiccional competente.

Por otra parte, las legislaciones de la mayoría de los países europeos ya contemplan la justicia restaurativa y/o la mediación penal, con leyes de carácter especial y con las adaptaciones de sus códigos procesales, por lo que deviene urgente cuando menos, la adecuación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁵ GUARDIOLA, J., «¿Es necesario un marco normativo específico para la mediación penal?», en *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 43, 2015, pp. 154-177.

En los últimos años la justicia restaurativa se ha venido desarrollando de una forma desigual pero progresiva en distintos lugares de nuestra geografía. Se han implantado servicios a través de convenios⁵⁶ entre el Consejo General del Poder Judicial y los Colegios profesionales o Asociaciones del Tercer Sector, a los que los juzgados y tribunales pueden adscribirse de forma voluntaria, pero que al no existir una regulación vinculante queda al exclusivo arbitrio de jueces y fiscales.

2.2.2. El artículo 15 LEVD: Requisitos para la aplicación de la justicia restaurativa

El artículo 15 LEV establece determinados requisitos poder acceder a los servicios de justicia restaurativa:

a) *Que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.*

El reconocimiento de los hechos esenciales se configura como requisito previo⁵⁷ para llevar a cabo un proceso restaurativo. Pero ¿cuándo debe de producirse este reconocimiento? En mi opinión este reconocimiento de hechos no tiene que producirse en todo caso en sede judicial, sino que resulta suficiente que se produzca en el seno del proceso restaurativo. De esta forma el principio de presunción de inocencia quedará preservado para un hipotético caso de retorno al procedimiento judicial por no haberse alcanzado un acuerdo.

El consentimiento formulado ante la víctima, en último caso, no presupondrá ningún juicio de culpabilidad, sin embargo, puede ser susceptible de provocar victimización secundaria en aquellos casos en que no se haya conseguido el acuerdo y deba retornarse al proceso penal, por lo cual, el mediador debe de asegurarse de que la intención del victimario

⁵⁶ El procedimiento se recoge en Protocolos de actuación establecidos bajo el amparo del Consejo General del Poder Judicial; entre otros protocolos el desarrollado entre el Gobierno de Aragón, el CGPJ y la Asociación ¿Hablamos? de Zaragoza de 19 de diciembre de 2012. El desarrollo de la experiencia práctica realizada por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo Penal 209 de Madrid, los juzgados de Instrucción 32 y 47 de Madrid, en RÍOS MARTÍN, J.C, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABE, J.L., «Justicia Restaurativa y Mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)», *Revista Estudios Jurídicos*, 2008.

⁵⁷ El criterio de TAMARIT SUMALLA, J., quien apuesta por un modelo intraprocésal de justicia restaurativa con un presupuesto de reconocimiento de hechos para derivar el asunto a mediación, entendiendo que la participación en estos hechos implica una asunción de autoría, frente al modelo de GONZÁLEZ CANO, en el que la participación del imputado en el proceso de mediación no implica asunción de autoría, por lo que no debería serle exigido el reconocimiento de hechos, ni como presupuesto para derivar el caso a mediación ni como contenido del acuerdo, en TAMARIT SUMALLA, J., «La articulación de la Justicia Restaurativa con el sistema de justicia penal», en *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012 p. 72.

es la de asumir su responsabilidad de forma clara, y no la obtención de alguna ventaja en la determinación o la aplicación de la pena.

A mayor abundamiento, la programación del encuentro restaurativo entre víctima y victimario sólo deberá realizarse cuando las expectativas de acuerdo se presupongan como muy favorables. En último caso, el mediador deberá de poner fin al proceso, velando por la protección de la víctima, en aquellos casos que se prevea una nueva revictimización precisamente por someter a la víctima a un proceso que presumiblemente vaya a resultar fallido.

b) Que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial.

El requisito del consentimiento tiene que ver con la propia esencia de esta justicia, como acto voluntario entre las partes. La regulación del consentimiento en el estatuto adquiere el doble carácter de garantía y protección a la víctima dentro del fin último que preside el estatuto, que es la protección integral de las víctimas de delitos.

Cuando el Estatuto habla de víctimas, no se refiere únicamente a la víctima directa, sino a las víctimas indirectas, como familiares y asimilados. Esta definición amplia de víctima, permite un mejor encaje de otros procesos restaurativos, además de la mediación, que permiten hacerlo extensivo a más personas, como en los casos de familiares afectados y del entorno social. A través de las Conferencias familiares o los Círculos, estos familiares, allegados o personas que quieran implicarse en el apoyo comunitario podrían hacerlo, aumentando las posibilidades de reintegración en la comunidad tanto del infractor como de la víctima, que en algunos casos se ha visto que puede sentirse también excluida o ninguneada.

El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, ello va íntimamente ligado al principio de voluntariedad que abarca desde el inicio al fin del proceso; por tanto, en cualquier momento del proceso las partes o el mediador, pueden ponerle fin al mismo, lo que deberá hacerse con las máximas garantías de protección tanto para la víctima como para el victimario, a quien no cabrá atribuir una presunción de culpabilidad ligada al consentimiento en su participación. El derecho a la presunción de inocencia queda garantizado puesto que proceso de mediación y proceso judicial son dos procesos que van en paralelo y sólo confluirán en el caso de que se llegue al acuerdo. Si el acuerdo no es posible todas las partes están sujetas al *principio de confidencialidad*, en particular el mediador, que en ningún caso podrá ser llamado por un juez o tribunal como testigo.

El Estatuto de la Víctima regula dentro del *derecho de información a las víctimas desde el primer contacto con las autoridades competentes*, en su artículo 5.1, apartado k) de los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en los que sea legalmente posible.

Si la víctima puede optar por servicios de justicia restaurativa en los casos en los que sea legalmente posible, la propia norma aboca a la instauración de servicios de justicia restaurativa a los cuales la víctima pueda acceder. Sin embargo, la realidad actual es que los servicios de justicia restaurativa en España son servicios escasos, y con pocos recursos, dependiendo del presupuesto que cada comunidad autónoma destine.

En cuanto al derecho de información de la justicia restaurativa resulta llamativa la ausencia de previsión normativa en relación al investigado, especialmente la falta de previsión tras la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 5/2015, de 27 de abril y la LO 13/2015 de 5 de octubre.

c) Que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima.

Esta previsión nos conecta nuevamente con el fin protector del estatuto, y que se corresponde con el fin de la propia directiva comunitaria, que en su artículo 12, refiere a la *«necesidad de protección a las víctimas en los contextos de aplicación de la mediación»*, lo cual pretende desterrar situaciones que nuevamente pudieran comportar nuevas revictimizaciones.

Hay que matizar que el riesgo de producirse victimización secundaria está latente en igual o mayor medida en el procedimiento judicial, donde la víctima vuelve a recordar una y otra vez lo acontecido, con las declaraciones para la averiguación de los hechos en la fase de instrucción o los interrogatorios que se vuelven a repetir en el juicio oral, y con el interrogante de que finalmente el pleito finalice con una sentencia condenatoria.

Ahora bien, debemos concluir que el riesgo de victimización secundaria no puede ser eliminado de forma absoluta, ni en la justicia restaurativa ni en la convencional, y que reveladoras son las respuestas de las propias víctimas que han participado en procesos restaurativos, que enfatizan sus beneficios positivos en contraposición a las críticas negativas vertidas respecto de la justicia convencional.

d) Que no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

La justicia restaurativa es concebida mayoritariamente como una justicia de carácter *universal*⁵⁸, es decir, no se excluye a priori ningún delito

⁵⁸ RIOS MARTIN, J.C. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRIGUEZ, E. y otros, en *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.

o tipología de delitos, sin embargo en la práctica, los distintos ordenamientos jurídicos determinan criterios de derivación⁵⁹, que discriminan unos asuntos sobre otros, a tenor principalmente de la gravedad del delito, a la existencia de delitos anteriores, o incluso en algunos casos circunscribiéndose únicamente a delitos de bagatela.

La realidad contradice dichas previsiones pues curiosamente a mayor gravedad del delito de mejores resultados se nutre; ello tiene que ver frecuentemente con la mayor necesidad de resarcimiento que tienen las víctimas y a la mayor necesidad de encontrar respuestas a su sufrimiento, que por sí sólo el proceso judicial no consigue desentrañar.

En nuestro país existe una única exclusión, que prohíbe el tratamiento de estos casos a través de la justicia restaurativa, son los supuestos de *violencia de género*; ello se deriva de la protección especial que revisten los supuestos de violencia machista, a la que se pretende excluir de toda permisividad o beneficio, según algunos de sus propios detractores, pero fundamentalmente dicha exclusión viene determinada por la situación de desequilibrio existente entre la víctima y su pareja o expareja, especialmente en aquellos casos en los que existe una historia de maltrato y violencia.

El estatuto no menciona expresamente dicha exclusión referida a los supuestos de violencia de género, sino que remite a una cláusula abierta, lo cual parece denotar que su intención sea la de acotar una cláusula de salvaguarda para una regulación futura sobre la justicia restaurativa, y en particular sobre la mediación, ante la posibilidad de que el legislador, pudiera optar por excluir determinados delitos de su ámbito de aplicación.

El artículo 15 LEVD preconiza la integración de la justicia restaurativa en nuestro sistema judicial, y ello obedece, por un lado, a la adaptación que de la Directiva 2012/29/UE realiza el propio estatuto, donde se prevé este nuevo concepto de justicia, y por otro, a la objetivación de una realidad, y es que la justicia restaurativa en nuestro país tiene ya un largo recorrido, si bien de una forma desigual e intermitente.

Al igual que la víctima demandó más presencia en el proceso judicial y una mayor protección desde todos los ámbitos, esta nueva justicia le puede ayudar a encontrar la verdad, el reconocimiento y una mejor reparación del daño sufrido. El propio artículo 15 LEVD puede servir de trampolín para el fortalecimiento o implementación de nuevos servicios de justicia restaurativa y la Oficina de la Víctima puede ser un reclamo para la concesión e instauración de nuevos servicios, en aquellos lugares donde todavía no existan.

⁵⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

La justicia restaurativa debe abordarse desde una triple vertiente⁶⁰: desde la víctima, el victimario, y la comunidad, si la misma ha de ser una metodología complementaria a nuestro sistema judicial; de ahí que se hace necesario una ley que aborde los elementos fundamentales de esta nueva justicia, de cuyos beneficios la justicia convencional puede servirse para el logro de sus fines⁶¹. Teniéndose en cuenta que los acuerdos obtenidos a través de los procesos restaurativos van a incidir en las consecuencias jurídicas del delito, la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá adaptarse y regular de forma específica la implementación de dichos acuerdos, abandonando el cauce de la Conformidad, ya que Justicia Restaurativa y Conformidad son instituciones muy diferentes, pese a que la segunda haya servido hasta el momento como cauce para el reconocimiento y eficacia de la primera.

Al respecto de la Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima, se ha señalado que ha optado por un modelo particularmente protector respecto a situaciones de vulnerabilidad⁶² en detrimento de la autonomía de las propias víctimas, con la prohibición en todo caso respecto de hechos ilícitos relacionados con la violencia de género. En cualquier caso, el modelo de justicia restaurativa que se regule deberá permitir satisfacer la totalidad de los Derechos Fundamentales que integran el denominado proceso con garantías. (Artículo 24.2 CE)⁶³.

2.3. La prohibición de la mediación del artículo 44.5 de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

La *Declaración de Naciones Unidas sobre estrategias de lucha contra la violencia doméstica de 1997* limitaba el uso de la mediación en este campo delictivo por el desequilibrio de poder que subyace entre las partes, el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011* prohíbe en estos ámbitos los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos,

⁶⁰ A este respecto, siguiendo a SUBIJANA, J.I, la STS 770/2013 de 22 de Octubre señala que la Justicia Restaurativa pone el énfasis en el reconocimiento de los roles de la víctima y del agresor poniendo el acento en obtener una respuesta más centrada en el daño concreto causado a la víctima y a su reparación, de suerte que la reparación viene a restaurar la situación anterior a la infracción, dando satisfacción a la víctima, y al mismo tiempo reintegrándose el agresor a la comunidad civil por el reconocimiento de su ilegítimo actuar que se patentizaría con el hecho de la reparación y reconocimiento de la violación normativa que efectuó.

⁶¹ *vid.* MARTINEZ SANCHEZ, C., «La justicia restaurativa frente a la aparición de nuevos procesos de victimización secundaria», en FARIÑA F, ROSALES, M. ROLÁN, K, y VÁZQUEZ, M.J. (Coords.) *Construcción de Paz...*, *ob. cit.*, p.258.

⁶² VARONA MARTINEZ, G., «Adecuación de los procesos restaurativos en los delitos de carácter sexual», en DE LA CUESTA, J.L, y SUBIJANA, I. G., *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 375

⁶³ SUBIJANA, I.G, Ídem.

incluida la mediación y conciliación, y también en otros instrumentos internacionales se menciona sólo la reparación a la víctima, pero no la mediación, lo que unido a la referencia a evitar los desequilibrios de poder de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo*, ha llevado a España a mantener la prohibición de mediación en los supuestos de violencia de género, regulado en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG).

El concepto de violencia de género se incorpora de una realidad social histórica que sitúa la relación hombre-mujer en una relación de dominación. Esta realidad social tiene su origen en la asunción durante siglos de los roles sociales atribuidos a la mujer y al hombre que colocaron a la mujer en una situación de desigualdad y claro desequilibrio respecto del hombre. En dicho reparto fueron tenidos en cuenta la cualidad de ser madre y de ejercer la maternidad como consecuencia inherente a la misma, produciéndose su retirada de la esfera pública, quedando en manos exclusivamente del hombre, lo que permitió la configuración de una sociedad machista y paternalista, todavía existente en nuestros días. En la asunción y la consolidación de dichos roles, jugaron factores tan esenciales como la familia, la educación o las relaciones sociales.

La definición de violencia de género se recoge de forma muy clara en la Exposición de Motivos LOPIVG, que comienza con el siguiente párrafo:

La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

La clave que explica la identificación entre la organización patriarcal de la sociedad como causa del surgimiento de la violencia contra las mujeres la exponen LAMEIRAS FERNANDEZ, CARRERA FERNANDEZ Y RODRIGUEZ CASTRO, y está en comprender como se lleva la naturalización de la violencia hacia las mujeres desde la propia comunidad que la legitima a través de la interiorización de los estereotipos de género, en función de los cuales las mujeres son discriminadas y relegadas a un papel secundario bajo la autoridad masculina⁶⁴. Esta situación desigualitaria tiene un reflejo en la

⁶⁴ Vid. LAMEIRAS FERNANDEZ, M., CARRERAS FERNANDEZ, M.V., Y RODRIGUEZ CASTRO, «Violencia de género: ideología patriarcal y actitudes sexistas», en IGLESIAS CANLE, I. C., y LAMEIRAS FERNANDEZ, *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, 667, Valencia, 2009.

posibilidad de producir daño físico, psíquico, sexual, psicológico y económico en la mujer dentro de una sociedad que ha silenciado el maltrato.

El artículo 44.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género excluye la posibilidad de mediación dentro del ámbito de la violencia de género. El legislador, al prohibir taxativamente la mediación en el ámbito de la violencia de género, no ha realizado ninguna matización, impidiendo cualquier concesión, de un lado a la autonomía de la voluntad de la propia mujer, y de otro a cualquier expresión de justicia restaurativa que conlleve el uso de metodologías o mecanismos distintos al de la represión penal⁶⁵.

Los ámbitos de exclusión son aquellos asumidos competencialmente por los juzgados de violencia sobre la mujer, y se hallan definidos en el apartado 2 del artículo 44, cuando se haya producido algún hecho constitutivo de violencia de género, se hubieran abierto diligencias en el Juzgado de violencia por actos constitutivos de violencia de género o se haya otorgado la orden de protección a una víctima de violencia de género.

Art. 44.2. 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.*

En consecuencia, cuando la Ley Integral, prohíbe la mediación en todo este elenco de supuestos, que no constituyen tampoco un elenco cerrado, sino que quedan incluidos todos aquellos cuya competencia haya sido asumida por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, está negando la posibilidad de mediar en toda materia cuando esté de por medio un hecho delictivo que constituya violencia de género. Es decir, que más allá de la imposibilidad de mediar en el conflicto penal, queda vedada cualquier

⁶⁵ *Vid. FERNANDEZ LOPEZ, A., La Mediación en Procesos de Violencia de Género*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

materia objeto de controversia entre las partes, incluidas las de ámbito estrictamente civil, siempre que la causa penal esté abierta o la orden de protección penal esté vigente.

*El Manual de Legislación sobre violencia contra la mujer, de las Naciones Unidas de 2012*⁶⁶, en su apartado 3.9.1 recomienda la prohibición de la mediación explícitamente en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales.

En el *Pacto de Estado contra la violencia de género, aprobado por el Pleno del Congreso de los diputados de 28 de septiembre (publicado el 9 de octubre de 2017)*, establece en su *propuesta 116*: «reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género»⁶⁷. De ahí, que los supuestos mediabiles en Derecho de familia, están limitados a la inexistencia de un procedimiento abierto que dirima un presunto delito de violencia de género⁶⁸.

En el ámbito internacional esta prohibición también se encuentra en el *Convenio de Estambul*, con una visión mucho más amplia del concepto de violencia de género definido en nuestra Ley Integral, puesto en su artículo 3 a) entiende por violencia contra la mujer también la perpetrada fuera del ámbito de pareja y de la familia, abriendo el abanico a la esfera social e institucional.

Se deberá entender una violación contra los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, incluyendo todos los actos de violencia basados en el género que impliquen para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

Ahora bien, dicha prohibición, según el artículo 48 del Convenio, va referida a la prohibición de métodos alternativos *obligatorios* de resolución de conflictos, y por tanto quedarían fuera de dicha prohibición aquellos sistemas de resolución de conflictos, que como la mediación, estén integrados dentro del proceso judicial, por tener un carácter complementario⁶⁹ en nuestro país.

⁶⁶ ONU MUJERES, *Manual de legislación sobre la Violencia contra la Mujer*, <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2012/12/handbook-for-legislation-on-violenceagainst-women>.

⁶⁷ PICONTÓ NOVALES, T., «Violencia de género y mediación», en ARGUDO PÉRIZ, J.L., *Mediación y Tutela Judicial efectiva. La justicia del S. XXI*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p.252.

⁶⁸ *Vid.* MOLINA CABALLERO, M.J., «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género», en *Diario La Ley*, n° 8884, 2016, p. 10.

⁶⁹ PICONTÓ NOVALES, T., *Ibidem*, p. 253.

Artículo 48. 1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para *prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación*, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

La LOMPIVG contempla como delito las siguientes conductas:

- a) *Malos tratos físicos*: que incluyen cualquier acto intencional de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima. Por lo tanto, quedan incluidos aquellos supuestos de maltrato que no hayan ocasionado lesión.
- b) *Malos tratos psicológicos*, incluyen toda conducta intencional que produce en la víctima la falta de autoestima o sufrimiento, que puede ser a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento, etc.
- c) *Malos tratos sexuales*, incluyen cualquier acto sexual forzado por el agresor con violencia o intimidación, o sin que concurra el consentimiento libre y válidamente expresado de la víctima.

Por tanto, a tenor del amplio espectro de conductas, atendiendo a la gravedad de los injustos integrados y a las circunstancias que concurran en cada supuesto, cabe plantear, si dicha previsión pueda resultar excesivamente restrictiva, en primer lugar, porque la exclusión engloba todo tipo de conductas ilícitas, y en segundo lugar, porque anula la voluntad de la propia víctima, supeditándola a la aplicación automática de una norma, con una clara inspiración protectora, si no paternalista.

Por otra parte, son relevantes los casos referidos a aquellas cuestiones que deben discernirse tras los casos de ruptura o separación, que van a condicionar decisiones de gran trascendencia para el futuro de sus familias⁷⁰ como para que queden excluidos de forma automática.

Las críticas a la mediación en estos contextos hablan de que la mediación puede favorecer el ciclo de la violencia de género con la contribución a potenciar la «luna de miel», favoreciendo en la víctima conductas tendentes al sacrificio y a la empatía con el victimario con el objetivo de salvar la relación, pero que pueden suponer un ataque a la independencia y la capacidad de la mujer para dirigir su vida, por lo que tal vez sea necesario aclarar que *mediación no es reconciliación*, y que la finalidad de un proceso de Mediación puede ser la promoción de una ruptura consensuada, dotando de herramientas a las partes para desechar la violencia y practicar el diálogo.

⁷⁰ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Ed. Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, nº. 88, Granada, 2007, p.131.

Desde los sectores del feminismo radical, la implementación de prácticas restaurativas restaría eficacia a los logros que se habrían alcanzado, trivializándose las manifestaciones de este tipo de violencia, lo que supondría la descriminalización de la violencia machista, a lo que cabe objetar que el fin de la mediación no es la consecución en la minoración de las penas, y por otro lado, si las conductas observadas en procesos de mediación fueran tendentes a ello, deberán ser controladas por el mediador, pudiendo poner fin a la mediación.

Ahora bien, también cabe preguntarse si todas las conductas violentas son efectivamente producto de una desigualdad y discriminación machista; ¿cabe afirmar que cualquier hecho delictivo realizado por un hombre contra su pareja o expareja, mujer, se produce como resultado de una posición de dominio y discriminación de género? En este sentido, no cabe apreciar el mismo escenario en todos los supuestos de violencia; pueden existir hechos aislados, que no siempre denotan una desigualdad estructural, una posición de debilidad y vulnerabilidad de la mujer o una discriminación por razón del sexo, que se justifica en el hecho de ser mujer. Por otro lado, la persona mediadora tiene la posibilidad de valorar el contexto de estas situaciones; si efectivamente son expresión de una situación de poder que se ejerce por razón de género, el mediador puede ayudar a las partes reequilibrando el desigual reparto de poderes, pudiendo prestar apoyo a la víctima más débil, trabajando hacia el empoderamiento, no siendo la violencia por tanto en sí misma motivo suficiente para excluir la mediación⁷¹.

Desde posiciones menos radicales, se ha destacado la posibilidad de obtener resultados positivos, sobre todo cuando los programas atiendan en su diseño a las singularidades de los supuestos⁷². Cada vez más son los investigadores tanto en el ámbito socio jurídico como en el criminológico, que consideran que esta prohibición tan taxativa, debiera revisarse, sobre todo en aquellos supuestos que pudieran aportar beneficios para las víctimas, siempre que fueran realizadas como prácticas complementarias dentro del proceso judicial⁷³.

⁷¹ Vid. MERINO ORTIZ, C. MENDEZ VALDIVIA M. y ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., «Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, p. 476.

⁷² Vid. MARTIN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género. Análisis y argumentación», en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, pp.687 y 684.

⁷³ Respecto a la valoración crítica de la ley, en ORTUBAY FUENTES, M., «Diez años de la Ley Integral contra la violencia de género, luces y sombras».

MANZANARES SAMANIEGO propone una reforma de la ley en la que pueda aceptarse la mediación en los casos en que la víctima no se encuentre en una situación de dependencia emocional o dentro de un desequilibrio funcional que impide acuerdos válidos por ausencia de igualdad entre las partes. Siguiendo a MARTIN DIZ, no todos los fenómenos de violencia son iguales, por eso es básico el tratamiento multidisciplinar del equipo de mediación en los supuestos en los que apunten a determinadas formas que puedan ser susceptibles de ser calificadas como violencia de género.

Por su parte, LARRAURI⁷⁴ señala que la Ley parece operar sólo con la imagen de la mujer maltratada, y no se puede imponer una única visión a todos los casos de maltrato, además de que quedan vedadas también cuestiones que afectan a la materia civil, que podrían tener un buen abordaje desde la Mediación.

Siguiendo las conclusiones de PICONTO NOVALES, hay que ser cautelosos y reafirmar la necesidad de una firme aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género, lo cual no excluye la posibilidad de establecer determinadas excepciones a supuestos de escasa gravedad o en ciertos márgenes procesales, como en los casos de sobreseimientos. De lo que se trata es de evitar situaciones de asimetrías de poder en la mediación, violencias psicológicas, vejaciones y la violencia del control, que impedirían las opciones mediadoras⁷⁵.

Para CASTILLEJO MANZANARES, admitir la mediación en supuestos de violencia de género tiene que hacerse necesariamente tomando una serie de precauciones, como son que las personas mediadoras cuenten con una especialización en el «campo de la violencia de género, además que el consentimiento de la mujer quede condicionado al informe positivo de un profesional de la psicología que valore el caso concreto⁷⁶. MARTINEZ GARCÍA⁷⁷, considera necesario abordar el conflicto desde la raíz, y evitar que se produzcan nuevas conductas reiterativas del maltrato, y situar a la víctima en una posición de igualdad.

A mi entender, la ley consuma una presunción, y es la de que la mujer es más débil o vulnerable que el hombre en todo caso, y esto no siem-

⁷⁴ Vid. LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, Buenos Aires, Euro Editores, 2008, p. 232 y ss.

⁷⁵ PICONTO NOVALES, T., «Violencia de Género y Mediación», *ob. cit.*, pp. 262-263.

⁷⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R. TORRADO, C. y ALONSO, C., «Mediación en Violencia de Género», en *Revista de Mediación*, 2011, nº 7.

⁷⁷ MARTINEZ GARCÍA, E., «Mediación penal en los procesos por violencias de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado», *Revista de Derecho penal*, nº 33/2011, pp. 12-14.

pre es así; esto podemos verlo en la existencia de relaciones de violencia mutua dentro de las parejas, que están alejadas de estos contextos de discriminación de género, por tanto, susceptibles de abordarse desde la plena voluntariedad de las partes para elegir un proceso de mediación o el inicio de un proceso judicial.

El tratamiento de la violencia de género pasa necesariamente en primer lugar, por recuperar la voz de la víctima, ponerla en un plano de igualdad, y facilitar, si este es su deseo, cumplidos los demás presupuestos favorables, relacionados con la protección, a los que alude el artículo 15 del ETJPV, el acceso a toda forma de justicia, sea la participación en el proceso penal, sea la participación en procesos restaurativos; y en segundo lugar, el diseño del proceso restaurativo adecuado, no todo es mediación, y tampoco toda mediación implica necesariamente una fase de encuentro dialogado entre víctima e infractor, teniendo en cuenta una máxima fundamental, y es que cada supuesto y cada proceso son únicos.

3. IMPULSO DE LA MEDIACIÓN A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ARAGONESA

3.1. La legislación civil española, ¿de aplicación supletoria en el ámbito penal?

3.1.1. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Esta Ley incorporó al ordenamiento español la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008*, nace con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado, ahora bien, dicha ley excluye expresamente la mediación penal.

La Ley excluye de su ámbito de aplicación expresamente al ámbito penal, y, de acuerdo al concepto de mediación que aquí defendemos, dicha ley tal y como está concebida y desarrollada, en una apuesta clara por la desjudicialización de los conflictos, no puede extenderse al ámbito penal, que requiere de regulación específica dada su naturaleza eminentemente pública, con las máximas garantías de derechos.

En el *Anteproyecto de la Ley de Impulso de la Mediación*, nuevamente queda restringido el ámbito penal; para juicio de algunos, tal vez dicho anteproyecto podría haber proyectado algún avance para la mediación penal y la justicia restaurativa. La regulación en el orden penal, otorgaría definitiva carta de naturaleza a los postulados de la Justicia Restaurativa en los

términos 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 protección de las víctimas de delitos, y dotaría de un más seguro marco de actuación a la mediación penal que se ha revelado, en la práctica judicial, como una de las más exitosas y efectivas⁷⁸.

Ahora bien, los planteamientos postulados en la Ley de Impulso de la Mediación, no son compatibles con las concepciones en torno a la justicia reparativa y restauradora del daño, puesto que el anteproyecto incide nuevamente en las mismas finalidades que la Ley 5/2012, la *desjudicialización* de los ámbitos civil y familiar, incluso promoviendo en ámbitos concretos el carácter vinculante del recurso a la mediación, como presupuesto procesal necesario para acudir a la vía judicial, introduciendo una cierta *obligatoriedad mitigada*⁷⁹, como revulsivo para fomentar la cultura de la mediación. Nada que ver con el concepto y finalidades de la Justicia restaurativa que busca medidas complementarias al proceso, por tratarse de materias que no son disponibles para las partes, aunque en algunos casos, puedan constituirse en alternativas a la pena, están sujetas al control jurisdiccional posterior.

Por otra parte, habrá que poner mucho cuidado en cómo se desarrollan estos mecanismos, porque el riesgo de convertir la mediación en un mero trámite burocrático puede ser elevado, si no se forma adecuadamente a los operadores jurídicos y a los profesionales que van a llevar a cabo esta labor.

3.1.2. El RD 980/2013, de 13 de Diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de Julio

El Real Decreto de mediación, alude a la formación de los mediadores, a la creación de un *Registro de Mediadores voluntario*, salvo para los supuestos de mediación concursal que le confiere carácter de obligatoriedad, así como medidas de aseguramiento de las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir los mediadores; por tanto, esta regulación nuevamente excluye el ámbito penal, que viene derivada de la propia exclusión contenida en la ley⁸⁰, con lo cual los requisitos de formación, garantías y responsabilidades del mediador penal quedan también en una situación de vacío legal.

⁷⁸ Informe del CGPJ de 28 de marzo de 2019 en relación con el Anteproyecto de ley de impulso a la mediación.

⁷⁹ Este sistema de «obligatoriedad mitigada», que tanto debate ha despertado en España entre la doctrina, así como entre los propios operadores jurídicos, ya está vigente, como se ha adelantado, en Italia, desde la aprobación del Decreto Legislativo 2010, núm. 28, y, posteriormente, el Decreto-Ley de 21 de junio de 2013.

⁸⁰ *Id.* Artículo 2.2 Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que excluye de su aplicación a los ámbitos penal, administrativo y laboral.

3.1.3. Las leyes de mediación de las comunidades autónomas

Las leyes de las Comunidades Autónomas no cuentan con competencia en el ámbito penal, deben de ser leyes generales las que regulen la mediación penal y la justicia restaurativa en España; sin embargo, las competencias en materia de justicia atribuidas a las comunidades autónomas sí permiten desarrollar programas de mediación en el ámbito penal con la posibilidad de destino de medios materiales y personales adecuados para ello.

Particularmente resaltable es la *Ley de Mediación de Cantabria de 2011, de 17 de noviembre que trata de dar un ámbito absolutamente integral a la institución de la mediación*. El dictamen del CGPJ al Anteproyecto reconoce que supera el ámbito de la Directiva 2008/52/CE al contemplar la mediación en los ámbitos laboral, penal y administrativo, y recomienda que se eviten las alusiones específicas al ámbito objetivo material, que supera el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, pero faculta la posibilidad de plasmación de una cláusula genérica que incluya «relaciones jurídicas que sean disponibles por las partes», relativas a los distintos ámbitos, incluido el ámbito penal. Finalmente quedan superadas las críticas con la promulgación de la nueva *Ley 4/2017, de 19 de abril*, por la que se modifica la ley de 1/2011. Hay que decir que respecto a la cuestión de fondo que subyacía en torno a la posibilidad de una regulación integral de la mediación a través de la regulación autonómica, quedó superada, al no haber sido planteado recurso de inconstitucionalidad sobre dicha cuestión, a pesar del hecho de que sólo los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía recogen la competencia sobre los procedimientos de Mediación y Conciliación en las materias que sean objeto de su competencia⁸¹.

Artículo 2.3 Cuando la mediación se produzca durante el desarrollo de un proceso judicial, tendrá en él el efecto que determine la legislación estatal.

En este artículo se alude al objeto de la mediación, y si en un primer término la finalidad de la mediación es la de evitar un pleito, poner fin al que ya se ha iniciado o mitigar sus consecuencias, finalidades no compatibles con la mediación en el ámbito penal, (apartado 2), en este tercer apartado, remite a las consecuencias previstas por la legislación estatal, lo cual permite que la mediación penal sea contemplada en esta norma con una remisión expresa a las leyes generales en el orden penal.

Artículo 3. 1. La presente Ley es de aplicación a las actuaciones profesionales de mediación que se refieran a materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación.

⁸¹ Vid ARGUDO PERIZ, J.L., «Las competencias legislativas en mediación de las Comunidades Autónomas según el Consejo General del Poder Judicial», en ARGUDO PERIZ, JL (Dir.), *Mediación y Tutela Judicial Efectiva. La justicia del siglo XXI...*, ob. cit., pp. 277-283.

Como puede observarse, la reforma evita aludir a los ámbitos de aplicación de la ley, y a través de esta fórmula ningún ámbito queda excluido de una regulación sobre mediación, a la que son de aplicación aspectos tan fundamentales como la formación del mediador, la deontología, el procedimiento para designar al mediador, etc.

3.2. la legislación aragonesa en materia civil y familiar ¿de aplicación extensiva al ámbito penal?

En Aragón no ha existido un desarrollo progresivo de la mediación penal o la justicia restaurativa, como sí se ha realizado en otras Comunidades Autónomas, como en la Comunidad Valenciana⁸², País Vasco⁸³ o Cataluña⁸⁴, por poner algunos de los ejemplos más relevantes.

Las previsiones en la legislación aragonesa son referidas exclusivamente al ámbito civil o de familia. Así, *la Resolución de 2 de Abril de 2012, de la Directora General de la Administración de Justicia*, por la que se establece la organización y el funcionamiento de las competencias que tiene encomendadas en materia de mediación familiar intrajudicial, en cumplimiento de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres⁸⁵, derogada e integrada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, en el «Código del Derecho Foral de Aragón», y *la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar en Aragón*, establece la creación de unidades administrativas, con la posibilidad de establecer oficinas de

⁸² Proyecto piloto de mediación intrajudicial penal de la Universidad de Valencia con la Generalitat Valenciana, la Fiscalía Provincial de Valencia, el Colegio de Abogados de Valencia, el Colegio Oficial de Psicólogos de la Comunitat Valenciana, el Colegio de Criminólogos de la Comunitat Valenciana, el Colegio Oficial de Educadores y de Educadores Sociales de la Comunitat Valenciana y el Colegio de Procuradores de Valencia con la posibilidad de introducir mecanismos de justicia restaurativa.

⁸³ La Dirección de Justicia del Gobierno Vasco instauró los servicios de mediación intrajudicial en la Comunidad Autónoma de Euskadi a finales de 2007, siendo una de las primeras experiencias de servicios públicos de mediación intrajudicial del Estado español mediante convenios de colaboración con entidades sin ánimo de lucro del tercer sector especializadas en mediación. En 2018 el Servicio de Justicia Restaurativa se ha externalizado a través de concurso público. *Vid.* MORENO ALVAREZ, R., «El modelo vasco de mediación intrajudicial y justicia restaurativa», en ARGUDO PERIZ, J.L., *Mediación y Tutela Judicial Efectiva, La justicia del Siglo XXI*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p.124.

⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, J., *Evaluación del programa de mediación penal de adultos*, 2013 Generalitat Catalunya. Desde 1999, el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña aplica el programa de mediación penal en adultos y víctimas, enmarcado en la perspectiva de la denominada Justicia Restaurativa.

⁸⁵ El artículo 78 del Código Foral recoge el antecedente marcado el artículo 4 de la LIRF, que reconoce la posibilidad de que el juez de familia, una vez interpuesta la demanda, pueda proponerles una mediación y designar para ello un mediador familiar. Asimismo, también podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si estima posible que puedan llegar a un acuerdo.

apoyo técnico a las unidades judiciales, en orden al buen funcionamiento de las mismas. Ahora bien, tal y como queda en el enunciado de la propia norma se limitan a competencias en el ámbito familiar intrajudicial.

La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, derogada e integrada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, en el «Código del Derecho Foral de Aragón» determina en su artículo 78 la posibilidad del juez de favorecer un acuerdo de mediación, mediación intrajudicial, a la vez, que otorga a las partes con carácter previo al proceso que puedan resolver sus discrepancias a través de la mediación, mediación extrajudicial o prejudicial, sometiendo los acuerdos en cualquier caso a control judicial incluidos en el pacto de relaciones familiares.

La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar en Aragón otorga al departamento competente en materia de Administración de Justicia la organización y funcionamiento de las actuaciones de mediación intrajudicial en juzgados y tribunales. En este proceso de mediación intervienen diferentes estamentos independientes, como son los juzgados, el departamento competente en materia de administración de justicia, el departamento competente en materia de familia, las partes litigantes, sus representantes y los mediadores, por lo que se hace precisa una coordinación entre los distintos agentes; como resultado existe una excesiva burocratización, pese a los protocolos de actuación establecidos, que resultan insuficientes, contribuyendo a unos malos resultados de las mediaciones realizadas a nivel intrajudicial. Así la propuesta de DOLADO⁸⁶ de ubicar a los equipos de mediación adscritos a los juzgados fuera de la Oficina Judicial, y dentro del ámbito de la Oficinas comunes de apoyo, como lo están las Oficinas de atención a las víctimas del delito o los Puntos de encuentro familiar, es una propuesta trasladable también al campo de la mediación en el ámbito penal.

Por su parte, *el Decreto 12/2015, de 10 de febrero, del Gobierno de Aragón, prevé la creación de un Centro Aragonés de Coordinación en materia de mediación y Registro de Mediadores e instituciones de Mediación en Aragón, así como el establecimiento de medidas de fomento de la mediación, con el objeto de impulsar y coordinar medidas alternativas para la desjudicialización de conflictos. (Artículo 13.1.f), el asesoramiento y orientación gratuitas con carácter previo al proceso, pero dentro del ámbito material,*

⁸⁶ DOLADO PEREZ, A. Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 (Familia) en Zaragoza, «Experiencias prácticas de mediación intrajudicial en Derecho de familia», en ARGUDO PÉRIZ, J.L. (Dir.), *Mediación y Tutela Judicial Efectiva, la Justicia del Siglo XXI*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p.153.

civil y mercantil, comprendido en la Ley 5/2012 de 6 de julio.

Ahora bien, la justicia restaurativa en Aragón ha tenido su desarrollo⁸⁷, ha sido aplicada a través de convenios de colaboración, iniciados a través de experiencias piloto llevadas a cabo fundamentalmente por el Tercer Sector, y más recientemente también por convenios de colaboración con Colegios Profesionales, (que son tratados en el **Capítulo VI**, cuando se aborda el análisis de los protocolos de actuación y las iniciativas de mediación penal en Aragón).

El *European Forum For Restorative Justice*⁸⁸ es el referente fundamental en Europa en materia de Justicia Restaurativa que a través de sus proyectos de investigación y promoción ha servido de soporte a múltiples experiencias desarrolladas en toda Europa, en relación a nuevos mecanismos alternativos y métodos complementarios al proceso judicial, siendo la entidad que asesora a la Comisión Europea en esta materia.

Este modelo de referencia del Foro Europeo se ha trasladado al modelo vasco de mediación intrajudicial y de justicia restaurativa, siendo desde el año 2007 el Gobierno vasco miembro de pleno derecho del Foro, constituyéndose en un referente de la justicia restaurativa en España, incluyendo una propuesta de implantación integral en la jurisdicción penal⁸⁹ con los tres métodos restaurativos incorporados: mediación penal, círculos y conferencias.

* BIBLIOGRAFÍA

Las referencias bibliográficas del capítulo se recogen en el **Capítulo VII**, último capítulo sobre mediación penal y justicia restaurativa.

⁸⁷ La Asociación ¿Hablamos? inició un proyecto de Mediación penal en Zaragoza, en virtud del Convenio de colaboración entre el Gobierno de Aragón, el CGPJ, el Ministerio Fiscal y la Asociación ¿Hablamos? para la mediación intrajudicial en materia penal en el año 2012.

⁸⁸ En el I Simposio de Justicia Restaurativa que se celebró en Deusto, organizado por el Departamento de Trabajo y Justicia del Gobierno Vasco, junto con la Universidad y el Foro Europeo de Justicia Restaurativa (EFRJ) que se desarrolló en el Auditorio del centro académico, se presentó el nuevo Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi, enmarcado en la reciente Recomendación del Comité de Ministros de la Unión Europea que anima a todos los Estados miembros y a las autoridades judiciales y organismos públicos a utilizar la Justicia Restaurativa y desarrollar modelos restaurativos innovadores.

⁸⁹ MORENO ALVAREZ, R., responsable del Servicio de Justicia de Adultos, «El modelo vasco de mediación intrajudicial y justicia restaurativa», en ARGUDO PERIZ, J.L., *Mediación y Tutela Judicial Efectiva. La Justicia del Siglo XXI*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 128.