

INTERNACIONAL

La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)¹

María del Mar CARRASCO ANDRINO

Bajo el nombre de "*restorative justice*" ha ido tomando forma durante los últimos veinte años una nueva corriente político-criminal en los Estados Unidos, que persigue dar un mayor protagonismo a los intereses de la víctima. La crisis del movimiento resocializador y de la idea de tratamiento² producida en los años sesenta y setenta dio paso en los ochenta a las ideas de restitución penal y de reconciliación con la víctima y la sociedad. Comprobada la ineficacia del tratamiento reformador³ ante el incremento de la reincidencia y las escandalosas desigualdades a las que había conducido el sistema de sentencia indeterminada, en el que aquél se apoyaba, se propone, por un sector doctrinal, la vuelta a un retribucionismo renovado: la llamada teoría del *just desert*; mientras que otro sector aboga por un cambio de orientación en el Derecho penal, ahora enfocado hacia la víctima del delito⁴. A esta última tendencia es a la que se adscriben el movimiento reparador y la nueva teoría de la "justicia restauradora".

Los programas de mediación directa entre el delincuente y la víctima constituyen uno de estos procesos restauradores⁵ en los que se busca una solu-

ción de carácter transaccional, cuyo objetivo es alcanzar un acuerdo de restitución que reconcilie a ambas partes (delincuente y víctima), facilitando con ello su reintegración en la comunidad.

Ambos fenómenos —la introducción de elementos reparadores y de la mediación en el Derecho penal—, no dejan de ser perturbadores por cuanto se trata de instrumentos propios del Derecho privado⁶, y que como tales obligan a cuestionarse su compatibilidad con la naturaleza y fines del Derecho penal, así como su delimitación con el Derecho privado. A mayor abundamiento, si se defiende la existencia de la reparación como una nueva sanción penal, habrá que fijar acto seguido los criterios de diferenciación respecto de la responsabilidad civil ex delicto.

Este movimiento ha alcanzado una dimensión internacional⁷ como lo ponen de manifiesto los textos promovidos en el seno de organismos internacionales como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa. Así, podemos citar el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en agosto y septiembre de 1985, en el que se presenta la "*Declaración de principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y el abuso de poder*". Por su parte, en el ámbito europeo destaca la "Convención europea sobre la reparación de las víctimas de los delitos violentos", de 24 de noviembre de 1983, así

¹ El presente trabajo se ha beneficiado de una beca de investigación postdoctoral concedida por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia en resolución de 12 de junio de 1988 (BOE de 16 de junio de 1988) para una estancia en el Hastings College of the Law de la Universidad de California, en San Francisco. Debo agradecer al profesor Bisharat la inestimable ayuda prestada para el desarrollo de este trabajo, así como la buena acogida que recibí de todos sus miembros, y en particular del Decano Leo Martínez, quien me facilitó toda la infraestructura necesaria, y del prof. Bill Wang por sus útiles consejos.

² Sobre este particular, vid. entre otros, Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. adecuada al Código Penal de 1995 por Mª Isabel Valdecabres Ortiz, Valencia, 1996, págs. 763 y ss.; Boldova Pasamar, M.A.: "Las penas privativas de libertad", en Gracia Martín, L./Boldova Pasamar, M.A./Alastuey y Dobón, M.C.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*, Valencia, 1996, págs. 93 y ss.; Landrove Díaz, G.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ª ed., Madrid, 1996, págs. 55 y ss.

³ Vid. sobre el particular, Loewy, A.H.: *Criminal Law*, 20 ed., St. Paul, Minnesota, 1987, págs. 2 y ss.

⁴ Silverman, E.: "National Report about United States of America", en Eser, A./Walther, S. (Ed.): *Reparation in Criminal Law, International Perspectives*, vol. 2, Freiburg im Breisgau, 1997, págs. 15 y ss.

⁵ De acuerdo con sus defensores se distingue entre procesos y resultados restauradores. Entre los primeros, además de los programas de mediación entre el delincuente y la víctima, se

encuentran las reuniones del grupo familiar (*family group conferencing*), aplicadas sobre todo en el ámbito de la justicia de menores, la prevención del crimen a través de asociaciones vecinales, etc. Como resultados restauradores destacan la reparación, los trabajos en beneficio de la comunidad, los servicios de asistencia a la víctima, la compensación, los programas de rehabilitación para el delincuente, etc. (por todos, Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for restorative justice", en *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 54).

⁶ Sobre el fenómeno privatizador en el ámbito de la ejecución penal, vid. al respecto el artículo del profesor Del Rosal Blasco, B.: "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1990, págs. 557 y ss.

⁷ Sobre la dimensión internacional de los programas de asistencia a las víctimas, vid. Landrove Díaz, G.: *La Moderna Victimología*, Valencia, 1998, págs. 59 y ss.; García-Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada 'victimización terciaria' (el penado como víctima del sistema legal)", en *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, págs. 296 y ss.

como la recomendación R (85)11 aprobada por el Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, en la que se anima a la introducción de medios de solución extrapenales (mediación o conciliación) para el conflicto criminal, en sustitución de los procedimientos formalizados⁸. Asimismo, el tema ha sido objeto de discusión en diversos congresos y seminarios internacionales como el patrocinado por las Naciones Unidas en Italia en 1991 sobre "El conflicto, el crimen y la reconciliación: la organización de la intervención del Estado social en el campo de la justicia reparadora", en donde específicamente se discutió sobre la aplicación de los programas de mediación entre la víctima y el delincuente.

Estas nuevas ideas han sido ya recogidas por algunos legisladores europeos como es el caso de la República Federal de Alemania⁹, Francia¹⁰, Grecia¹¹ o Italia¹², en los que no sólo se ha dado cabida a la reparación dentro de la dogmática del delito, sino que además se ha introducido por la vía de la conciliación o la mediación entre el delincuente y la víctima como alternativa o sustitutivo de la prisión¹³.

En España, el legislador de 1995 ha reconocido cierto valor a la reparación. Por un lado, se le ha atribuido relevancia a los efectos de mitigación de la pena bien como *atenuante genérica* (art. 21.5^a Cp)¹⁴

⁸ Para un comentario sobre dichos textos internacionales, vid. Landrove Díaz, G.: *La Moderna...*, ob. cit., págs. 52 a 55 y 59 y ss.

⁹ En este país no sólo hay que destacar la presentación por un grupo de profesores de derecho penal alemanes, suizos y austriacos de un Proyecto alternativo de Reparación en 1992, sino también modificaciones legislativas como La *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze* (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994, que introdujo el § 46, a) y modificó los §§ 56, 56, b) y 59 a) StGB (sobre ello, vid. la clara y esquemática exposición de Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación». en *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 184 y ss.). Asimismo, la *Jugendgerichtsgesetz* de 1990, en sus §§ 45.3, 45.10, nº 17 y 47, permite al fiscal, con el acuerdo del Tribunal, sobreseer el caso cuando exista una escasa culpabilidad del sujeto, o después de que este haya alcanzado un acuerdo con la víctima o, al menos, si ha realizado esfuerzos para ello. El Tribunal dictará, seguidamente, una orden de mediación o compensación.

¹⁰ La introducción de la tradicional figura del *conciliateur* en el ámbito del Derecho penal, una especie de mediación, se produjo en 1978, favorecida por el principio de oportunidad que rige en la persecución de los delitos para la fiscalía (art. 40 del Código de procedimiento penal). En este mismo Código de procedimiento penal, art. 469, se prevé la posibilidad de renunciar a pena siempre que sirva a la resocialización del autor y se hubieran reparado los daños y cesado las consecuencias sociales del hecho (vid. Witz, C.: "Der conciliateur in Frankreich - eine alternative zur staatlichen Justiz?", en *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen*, Bonn, 1989, págs. 239 y ss.).

¹¹ Alexiadis, S.: "Victim offender reconciliation schemes in the Greek Justice System", en *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, págs. 309 y ss.

¹² Centomani, P./Dighera, B.: "The new Juvenile Penal Procedure Code and the Reparation-reconciliation Process in Italy: a chance for a possible change", en *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*, 1992, págs. 355 y ss.

¹³ Sobre la aplicación práctica y las peculiaridades de los distintos países, vid., Dunkel, F.: "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños. desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del derecho penal en el Derecho comparado", en *Victimología*, San Sebastián, 1990, págs. 116 y ss.

¹⁴ Aun cuando esta circunstancia no era extraña a nuestro Derecho, pues su aparición se remonta al Código penal de 1822 (vid. sobre el particular, Alvarez Garcia, F.J.: "Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5^a Código penal)", en

o de forma *específica*¹⁵ en la malversación cuando se produce el reintegro de la cuantía malversada (art. 433 Cp) o en el quebrantamiento de custodia cuando se restituye al menor (art. 225 Cp), en los delitos contra la protección del patrimonio histórico y medio ambiente cuando se repara el daño causado (art. 340 Cp); bien como *excusa absolutoria*¹⁶ en relación con algún grupo de delitos, a saber, los que se dirigen contra la hacienda pública (art. 305.4 Cp), contra la seguridad social (art. 307.3), en el fraude de subvenciones (art. 308.4 Cp), en el delito de discriminación en el empleo (art. 314 Cp), en el falso testimonio (art. 462 Cp). En cuanto a la *forma de la reparación*, aparte de la pecuniaria, el Código penal se refiere específicamente a la publicación de la sentencia, respecto de los delitos de injurias y calumnias (art. 216 Cp) y de los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288 Cp), y la demolición de la obra en los delitos sobre la ordenación del territorio (art. 319.3 Cp).

Por otro lado, el Estado ha establecido un sistema de *ayudas públicas* en favor de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹⁷ a través de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, cuyo reglamento se ha aprobado por RD 738/1997, de 23 de mayo. Asimismo, el 18 de julio de 1997 se aprobó por Real Decreto 1211/1997 el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo¹⁸.

La *mediación* no es tampoco un fenómeno ajeno a nuestro sistema jurídico, pues en el ámbito de la *justicia de menores*¹⁹ ya se ha venido empleando en unos casos, los menos, como *una alternativa al procedimiento judicial* a través de la reparación previa a la comparecencia²⁰, con base en el artículo 15,

Cuadernos de Política Criminal, nº 61, 1997, págs. 241 y ss.), el nuevo Código de 1995 ha dejado claro su carácter objetivo, eliminando toda referencia a los "impulsos de arrepentimiento espontáneo" que llevaron a la jurisprudencia a una interpretación subjetiva de esta atenuante (*ibidem*, págs. 244 y ss.).

¹⁵ Cfr. Larrauri Pijoán, E.: "La reparación", en Cid Moliné, J./Larrauri Pijoán, E. (Coord.): *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona, 1997, pág. 193, nota 40.

¹⁶ En este sentido se manifiesta Larrauri Pijoán, E. "La reparación", en Cid Moliné, J./Larrauri Pijoán, E. (Coord.) *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona, 1997, pág. 194.

¹⁷ La fundamentación teórica de este sistema de ayudas públicas se ha buscado en el carácter de Estado social que corresponde al Estado español y que se expresa en la responsabilidad de la sociedad por la prevención del delito (cfr. Landrove Díaz, G.: *La Moderna...*, ob. cit., págs. 57 y 58, una visión de las distintas posturas doctrinales al respecto se ofrece por Tamant Sumalla, J.M.: *La Reparación a la Víctima en el Derecho Penal (Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Político-criminales)*, Barcelona, 1994, págs. 27 y ss.)

¹⁸ Para una exposición de su contenido, vid. Landrove Díaz, G.: *La Moderna...*, ob. cit., págs. 147 y ss.

¹⁹ Fue en Cataluña donde se inició el funcionamiento de los programas de mediación a través de la Dirección General de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en concreto, el 1 de mayo de 1990 (cfr. Giménez-Salinas i Colomer, E.: "La conciliación víctima-delincuente" hacia un derecho penal reparador", en *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, pág. 362).

²⁰ En este momento, el menor prácticamente sólo ha tenido contacto con el equipo técnico, ocasionalmente puede haber declarado ante el Fiscal (vid., sobre el particular, Ayora Mascairell, L.: "Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores", en Cid Moliné, J./Larrauri Pijoán, E.: *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona, 1997, pág. 264).

regla 60 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores; en otros, como *condición de la suspensión del fallo*, según dispone el artículo 16.3 de la citada LO 4/1992. De modo que, en el primer caso, el menor, antes de pasar a la situación procesal de imputado, puede elegir entre reparar a la víctima o continuar con el procedimiento judicial. En este sentido, es suficiente para la paralización de todas las actuaciones procesales con que se comprometa a reparar el daño causado. Por lo que se refiere a la suspensión del fallo, ésta podrá ser acordada por el juez de Menores, en atención a la naturaleza de los hechos, siempre que el menor y los perjudicados acepten una propuesta de reparación extrajudicial²¹, de la que se valorará su sentido pedagógico y educativo para el menor.

Siguiendo esta misma tónica el *Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores* aprobado por el Gobierno el 16 de octubre de 1998 establece, en su artículo 19, la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente cuando el menor se haya conciliado con su víctima o haya asumido un compromiso de reparación²². El prelegislador ha querido distinguir claramente la conciliación de la reparación. En concreto, el artículo 19.2 del Proyecto limita el contenido de la conciliación a una expresión de arrepentimiento y de petición de disculpas por parte del menor, siempre que éstas sean aceptadas por la víctima; mientras que la idea de reparación alude a la asunción de un compromiso de llevar a cabo determinadas actividades bien en favor de la víctima o del perjudicado, bien en favor de la comunidad. La mediación, artículo 19.3 PLORM, es el proceso elegido para alcanzar la conciliación y/o la reparación, cuya moderación se encarga al equipo técnico. De modo que si el menor cumple con el compromiso de reparación asumido o se concilia con la víctima se solicitará el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal (art. 19.4 PLORM). En caso contrario (incumplimiento) se continuará con la tramitación del procedimiento (art. 19.5 PLORM). Se llama la atención, asimismo, sobre el dato de que estas medidas han quedado expresamente fuera del ámbito de la responsabilidad civil²³, lo que abre la discusión a favor de su posible naturaleza penal²⁴. Si bien es

cierto que ninguna de ellas, ni la conciliación ni la reparación, se encuentran entre las medidas enumeradas por el artículo 7 PLORM²⁵. También se reconoce efectos a la conciliación entre el menor y la víctima en fase de ejecución de las medidas, después de dictarse sentencia condenatoria. En este sentido, el artículo 51.2 PLORM estipula que el citado acuerdo de conciliación puede dejar sin efecto la medida impuesta "cuando el juez, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado defensor, el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

En este contexto consideramos de interés someter a discusión el empleo de medios de solución transaccionales a través de la aproximación a lo que ya es práctica habitual en países como Canadá, Gran Bretaña o Estados Unidos: los procesos de mediación entre el delincuente y la víctima. Dedicaremos, pues, una primera parte al análisis de las causas que motivaron su aparición, para después abordar la descripción de las clases y el funcionamiento particular de estos programas, dejando, en fin, para un último momento la consideración de la nueva filosofía restauradora en la que se inspiran.

Antes de comenzar, sin embargo, conviene precisar cual es el concepto de restitución que de aquí en adelante va a emplearse. El término restitución se utiliza, entre los defensores de la *restorative justice* en un sentido muy amplio, más bien equivalente a la idea de resarcimiento²⁶. Comprende cualquier actividad dirigida a reparar el daño o a restaurar a la víctima en la situación previa a la comisión del hecho delictivo, siempre que se realice a cargo del delincuente²⁷. Si, en cambio, la actividad reparadora en favor de la víctima corre a cargo de fondos estatales, entonces el término que se emplea es el de "compensación"²⁸.

nes para que el Ministerio Fiscal desista del expediente por estos motivos tienen que ver con la "gravedad y circunstancias de los hechos y del menor", haciéndose una referencia especial a la ausencia de violencia o intimidación, aspectos propios del injusto. Por otra parte, la Exposición de Motivos del Proyecto conecta expresamente la conciliación y la reparación con los fines educativos y de resocialización que se asignan a las medidas penales a imponer a los menores que cometen delitos (vid especialmente los puntos 7 y 13 de la Exposición de Motivos)

²⁵ Sucintamente estas medidas son: internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, internamiento terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada simple o con supervisión intensiva, convivencia con una familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socioeducativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas

²⁶ Lo usual es que el concepto de restitución se reserve para la reparación en especie, esto es, para la devolución del bien sustraído, mientras que el concepto de reparación se aplica a cualquier otra prestación equivalente, no necesariamente de carácter pecuniario.

²⁷ Cfr. Boldt, R.C.: "Criminal Law: restitution, criminal law, and the ideology of individuality", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, pág. 970.

²⁸ Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach and reconciling the discordant: mediation in the criminal justice system", en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1497. Silverman, E. "National Report: United States of America", en Eser, A./Walther, S. (Ed.): *Wiedergutmachung in Kriminalrecht*, Inti-

²¹ El profesor Landrove Díaz, G. critica el empleo de esta terminología por el legislador, ya que dicha reparación se produce en el contexto de un proceso penal. Prefiere por ello hablar de "reparación procesal conciliada" (vid. en *La Moderna .. ob. cit.*, págs. 189 y 190).

²² Textualmente el artículo 19.1 PLORM dice "También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe".

²³ Así se extrae del último inciso del artículo 19.2 PLORM que, después de definir lo que se entiende por conciliación y reparación, textualmente dice: "todo ello con independencia de lo establecido en esta Ley sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta".

²⁴ En este sentido, hay que tener en cuenta que las condicio-

1. LAS BASES IDEOLÓGICAS DE LA MEDIACIÓN EN DERECHO PENAL

Aunque han sido varios los hechos que motivaron el nacimiento de un fuerte sentimiento de insatisfacción popular con respecto al funcionamiento de la administración de justicia²⁹, básicamente son dos los que se han conectado con la aparición de los programas de mediación: la crisis de la prisión y el redescubrimiento de la víctima por el Derecho penal.

Por un lado, se advierte una necesidad de cambio, de reforma del sistema penal, motivada en parte por la ineficacia que había demostrado la pena privativa de libertad para la consecución de los fines de prevención general y especial, especialmente en lo referente a la rehabilitación del delincuente. A ello se sumaba la constatación de los elevados costes que suponía el mantenimiento de una prisión. En efecto, entre los años setenta y noventa se produjo un fuerte incremento de la población carcelaria³⁰, que no se correspondía con un incremento paralelo ni de la población general ni tampoco del índice de criminalidad. Es más, se llega a constatar que esta mayor severidad en la aplicación de la pena de prisión no se traducía, sin embargo, en una disminución de la tasa de reincidencia. Más bien, al contrario, ésta acababa siendo mayor³¹. Estos datos generaron la discusión sobre la utilidad de la prisión, cuestionándose si no habría alguna alternativa a ésta, que fuese menos costosa y algo más efectiva.

Por otra parte, el gran número de asuntos pendientes de resolución judicial impedía a los Tribu-

nationale Perspektiven, Band 2, Freiburg i. Breisgau, 1997, págs. 40 y 87 y ss

²⁹ Así se reconoce como uno de los factores que provoca la insatisfacción popular con la administración de justicia la escasa libertad del juez para determinar la condena. Este sólo puede optar entre imponer una pena privativa de libertad o colocar al condenado en *probation*, lo que no permite dar una respuesta adecuada a las peculiaridades de los diversos tipos de delincuente (vid., entre otros, Mauer, M.: "Alice in wonderland goes to criminal court, or, how do we develop a more effective sentencing system?", en *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, págs. 262 y 263). Por otra parte, hay que tener en cuenta que la rigidez del sistema penal al que nos referimos es consecuencia de los abusos y arbitrariedades que durante los años setenta se habían producido bajo el sistema de sentencia indeterminada (*ibidem*, págs. 265 y 266). De acuerdo con él la determinación de la condena, dentro del amplio margen fijado por el juez, así como la decisión de conceder la libertad condicional (*parole*) quedaba en manos de órganos administrativos con un amplio margen de arbitrio y discrecionalidad (sobre el funcionamiento de este sistema penológico, vid. Del Rosal Blasco: "Las prisiones privadas...", cit., en *ADPCP*, II, 1990, págs. 567 y ss.). Para contrarrestar estos abusos se vuelve en los años ochenta al sistema de sentencia determinada, estableciéndose un conjunto de normas obligatorias para los jueces en el momento de dictar sentencia condenatoria conocidas como *sentenceguidelines*.

³⁰ La población carcelaria llega a cuadruplicarse, de forma que Estados Unidos se convierte en el segundo país del mundo, después de la URSS, con mayor índice de encarcelamientos, cfr. Mauer, M.: "Alice in wonderland...", cit., *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, pag. 260., MKA, H.: "The practice and prospect of victim-offender programs", en *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2193 y 2194.

³¹ Vid. al respecto, los datos citados por Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *N.C.L.Rev.*, 72, 1994, págs. 1492 y ss., en 1991 el total de penados en las prisiones norteamericanas asciende a unos 820.000, lo que supone un incremento de la población carcelaria del 149% respecto de 1980. Por otro lado, la tasa de reincidencia en 1983 se cifra en un 41%.

nales dar un tratamiento adecuado a la gran mayoría de casos³². Es por ello que, ante esta situación, y contando con los buenos resultados alcanzados en la resolución de los asuntos civiles a través de la mediación y de otros medios extrajudiciales, se proponga por algunos autores su aplicación en la resolución de los conflictos penales³³. Como el profesor Del Rosal Blasco ha puesto de manifiesto la causa común a los fenómenos de privatización dentro de la administración de justicia es la "total desconfianza en que el aparato del Estado vaya a ser alguna vez capaz de resolver los problemas"³⁴.

Desde otra perspectiva, existía también *descontento por el tratamiento que recibían las víctimas* dentro del proceso penal. Este es el segundo fenómeno relevante³⁵. En particular, los escasos derechos procesales reconocidos a la víctima junto a la casi nula asistencia postdelictiva³⁶ chocaban con los derechos y garantías que se venían otorgando al presunto autor del hecho delictivo. El Derecho penal moderno, preocupado por limitar el poder estatal y proteger a la parte más débil en esta contienda, se había olvidado de la víctima. De modo que ésta,

³² Mauer, M.: "Alice in wonderland...", cit., *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, págs. 260 y 261. Críticamente, sin embargo, Weinstein, J.B.: "Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR", en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 264 y ss., en donde se constata un decrecimiento del número de asuntos criminales que llegan a los Tribunales federales, debido sobre todo a una reducción de los casos por tráfico y consumo de drogas, probablemente consecuencia de la no persecución de los pequeños traficantes

³³ Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation: what social and political factors will affect its development?", en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pag. 215.

³⁴ Del Rosal Blasco, B.: "Las prisiones privadas", cit. en *ADPCP*, II, 1990, pag. 559.

³⁵ En este sentido, Brown, J.G.: "The use of mediation to resolve criminal cases: a procedural critique", en *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1256 y ss., considera que los programas de mediación entre el delincuente y la víctima son una consecuencia del movimiento de los derechos de las víctimas. En el mismo sentido, Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 218 y ss., manifiesta que este movimiento en favor de las víctimas es uno de los factores que puede contribuir al crecimiento y consolidación de los programas de mediación. Si bien no todos los defensores de dicho movimiento están a favor de la mediación, ya que, en su opinión, más que en defensa de la víctima funcionan en defensa de los acusados, que ven en la reparación una forma fácil de eludir el proceso penal o la posible condena de prisión (vid. al respecto, *ibidem*, pag. 212, nota 56)

³⁶ A este respecto hay que diferenciar entre los derechos procesales y los derechos asistenciales que le corresponden a la víctima del delito. Así aun cuando se admita que deban incluirse dentro del procedimiento penal servicios en favor de la víctima como la prestación de ayuda psicológica o el tratamiento considerado y respetuoso por parte de los agentes que persiguen el delito, evitando, por ejemplo, que la víctima y el acusado acaben esperando en la misma sala la celebración del juicio, o proporcionando suficiente información de las fechas en que se celebrará el juicio, lo cierto es que no dejan de tener naturaleza de asistencia social. Por el contrario de esta naturaleza no participan derechos procesales de las víctimas tales como el derecho a ser consultada sobre la decisión de perseguir o no el delito, sobre la aceptación de un acuerdo de conformidad o sobre la condena, vid. sobre el particular, Ashworth, A. "Some Doubts about Restorative Justice", en *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 281, 282, y 296. Sobre las consecuencias que pueden traer el acuerdo de conformidad o *plea bargaining* para la víctima, reclamando una mayor participación de esta, vid. Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1256 y 1257. En la doctrina penal española el profesor Landrove Díaz, G. se ha referido a la escasa o nula participación que se da en el proceso penal español a la víctima cuando se llega a la conformidad del artículo 793.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal (vid. en *Le Moderna...ob cit.*, págs. 186 y ss.)

relegada a un papel pasivo de mero objeto de investigación, experimentaba en el procedimiento penal una segunda victimización³⁷, consecuencia de la falta de información y de la sensación de impotencia ante el delito³⁸. No puede desconocerse en este punto la transcendencia que las actitudes sociales tienen en relación con la efectividad del sistema legal, especialmente de quien tiene en su mano denunciar el hecho delictivo³⁹. Es por ello que preocupaba la desconfianza creciente hacia la administración de justicia.

El movimiento en favor de las víctimas culmina en 1982 con la declaración sobre "Las víctimas del Delito" del *Task Force* (grupo de trabajo) del presidente Reagan, en la que se acaba recomendando la modificación legislativa en favor de una mayor participación de la víctima dentro del procedimiento penal⁴⁰. Se concluye con una propuesta concreta de modificación de la Sexta Enmienda a la Constitución estadounidense, por la que se recogen como derechos de la víctima el de estar presente y ser oída en todas las fases del procedimiento penal.

La recomendación no es desoída, de modo que en ese mismo año 1982 se promulga el Acta Federal de Protección de Testigos y de la Víctima⁴¹, a la par que se comienzan a modificar algunas Constituciones de los Estados federados⁴². Es en dicho Acta Federal donde la restitución se presenta como una sanción penal independiente, regulándose su aplicación⁴³. Asimismo en el ámbito internacional se promulgan la Declaración de las Naciones Unidas de los Principios Básicos de Justicia para las víctimas del crimen y el abuso de poder en 1985, y la Recomendación de este mismo año del Consejo de Europa sobre la Posición de la Víctima en el ámbito del Derecho penal y procesal.

³⁷ En la doctrina española, vid. al respecto Landrove Diaz, G.: *La Moderna*. *ob cit.*, págs 49 y ss.

³⁸ Por ejemplo, se cita como muestra de la indiferencia de la administración de justicia por la víctima, el hecho de que el fiscal no consulte siquiera con ésta la adopción de acuerdos -*plea bargaining*- con el autor del delito, y la consiguiente eliminación o cambio de cargos penales, lo que después tiene relevancia a los efectos de fijar la cuantía de la reparación, vid. sobre el particular, Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág 1500). En España, vid., García-Pablos de Molina, A. *Manual de Criminología, Introducción y Teorías de la Criminalidad*, Madrid, 1988, pág. 92; Martínez Arrieta, A.: "La víctima en el proceso penal", en *Actualidad Penal*, IV y V, 1990, tomo 1, págs. 41 y ss.

³⁹ Vid. a este respecto las reflexiones de García-Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento de...", cit., *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, págs. 307 y ss.

⁴⁰ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1496.

⁴¹ Ha sufrido diversas modificaciones, entre ellas las más significativas han sido las operadas en el año 1994 por el *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* (el acta sobre el cumplimiento de la ley y el control del crimen violento), y en el año 1996 a través del *Mandatory Victim Restitution Act* (el acta sobre la restitución obligatoria a la víctima).

⁴² En este sentido, El Estado de California es el primero en reconocer en su constitución, art. I, 28, el derecho de la víctima a la restitución. La modificación fue introducida en 1982 como parte de la proposición octava, conocida como la "declaración de derechos de las víctimas" (vid., más ampliamente *Deering's California Codes Annotated*, 1998).

⁴³ El Acta Federal de Protección de Testigos y de la Víctima autorizaba a los Tribunales a ordenar la restitución a la víctima en relación con algunos de los delitos allí enumerados. El Acta sobre la Restitución obligatoria a la víctima de 1996 lo amplió a todos los delitos enumerados en el texto legal de 1982 y a algunos tipos delictivos sobre drogas.

En este contexto resulta comprensible que la reparación a la víctima⁴⁴ sea considerada no ya como una alternativa a la pena privativa de libertad, sino también al sistema formalizado del Derecho penal, orientado hacia una *nueva*⁴⁵ concepción restauradora del delito y de la pena.

2. LA MEDIACION DENTRO DEL DERECHO PENAL

a) Concepto y clases

Los programas de mediación entre el delincuente y la víctima representan la forma penal de los llamados medios de resolución extrajudiciales o alternativos al litigio judicial, más conocidos por sus siglas: ADR-*alternative dispute resolution*-⁴⁶. Con esta expresión se hace referencia a una serie de procesos que buscan la resolución de los conflictos jurídicos fuera de los procedimientos formales de litigio⁴⁷. En este sentido, conviene recordar que desde una perspectiva general los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son básicamente tres: la negociación, la mediación y el arbitraje. Estas junto con la jurisdicción constituyen las cuatro formas básicas de un sistema jurídico desarrollado. De ellas sólo el arbitraje y la jurisdicción son mecanismos de adjudicación, esto es, de adopción de una decisión en favor de una de las partes por un tercero ajeno al conflicto; mientras que en la negociación y en la mediación son las propias partes en conflicto las que, en un caso por sí mismas y en el otro guiadas o ayudadas por un tercero, buscan la resolución a través de un acuerdo. Resulta, pues, que lo característico de la *negociación* es que la solución del conflicto queda en manos exclusivamente de las partes, controlando éstas tanto el procedimiento como la adopción del acuerdo de resolución. Si las partes no quieren o no

⁴⁴ Téngase en cuenta que el sistema judicial norteamericano no permite acumular en el procedimiento penal la responsabilidad civil derivada del delito, sino que ésta tiene que ser instruida independientemente del procedimiento penal ante los Tribunales civiles.

⁴⁵ Como veremos no tan nueva, pues, mas bien parece una vuelta a los sistemas de composición propios de épocas pasadas.

⁴⁶ Sobre los aspectos generales del movimiento de los ADR, vid. Edwards, H.T.: "Alternative dispute resolution: panacea or anathema?", en *Harvard Law Review*, 99, 1986, págs. 668 y ss.; Kerbeshian, L.A.: "ADR: to be or .?"; en *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 381 y ss.; Kovach, K.K.: *Mediation. principles and practice*, St. Paul, Minnesota, 1994, págs. 20 y 21. En general, el movimiento de los ADR comienza con la Conferencia *Pound* en 1976 sobre la insatisfacción de la sociedad con el sistema legal americano. Una de cuyas quejas era la multitud de casos pendientes en los juzgados y Tribunales y lo costoso de un sistema que se manifestaba tan ineficaz para resolver los conflictos.

⁴⁷ La idea que subyace en el empleo de estos mecanismos es la buscar un compromiso que aproxime los intereses diversos de las partes. En este sentido, se distingue entre lo que constituye la posición de cada una de las partes, lo que cada una de ellas quiere, de lo que integra su interés, el porqué lo quiere. De modo que mientras el proceso jurisdiccional persigue la adopción de una decisión en favor de una de las posiciones, los mecanismos alternativos tratan de aunar los intereses de las partes, pues de esta manera se consigue una prevención eficaz de futuros conflictos (vid. Riskin, L.L./Westbrook, J.E.: *Dispute Resolution and Lawyers*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998, págs. 8 y ss.)

pueden alcanzar dicho acuerdo, pueden, entonces, solicitar la intervención de un tercero, cuyo papel según el procedimiento de que se trate. Así, en la *mediación*, el tercero se limita a ayudar a las partes para que por sí mismas lleguen a un acuerdo. En cambio, cuando al tercero se le reconoce la facultad de tomar una decisión vinculante para las partes, el procedimiento se denomina *arbitraje* o *jurisdicción* según que, respectivamente, dicho tercero haya sido o no libremente elegido por las partes⁴⁸.

Los programas de mediación entre el delincuente y la víctima se incluyen como su propio nombre indica dentro de la segunda de estas categorías. La tipología de los mecanismos alternativos de resolución de disputas –ADR– no se agota, sin embargo, con ellas, sino que aparecen figuras híbridas de la combinación de sus elementos básicos⁴⁹. Asimismo, hay que advertir que, aunque se habla de mecanismos extrajudiciales, el concepto de *alternative dispute resolution* se aplica a procedimientos o técnicas que operan tanto desde dentro de la propia administración de justicia, y por tanto con vinculación a un procedimiento judicial, como al margen de aquélla –así, el arbitraje, el *ombussperson* designado para resolver los conflictos con las oficinas administrativas, etc.–, creándose de esta forma un sistema paralelo de justicia privada⁵⁰. Así, pueden distinguirse según el grado de privatización que alcanzan respecto de la administración de justicia tres clases de mecanismos: a) los *absolutamente privados*, en los que, a través de la formalización de un acuerdo o de una cláusula contractual, las partes se comprometen a solventar sus futuras disputas acudiendo a un tercero neutral, si es que falla la negociación directa entre ellos; b) los mecanismos *vinculados obligatoriamente* a un procedimiento judicial como paso previo al juicio. Así ocurre, por ejemplo, en los juicios por custodia en los que algunos Estados exigen obligatoriamente una previa mediación que al fracasar da paso al litigio. Se pretende con ello reducir el volumen de casos pendientes ante la administración justicia⁵¹; c) los mecanismos *em-*

pleados discrecional o voluntariamente por los propios Tribunales como forma de solucionar algunos de los conflictos jurídicos⁵², sobre todo, en el ámbito de las disputas civiles o mercantiles –medio ambiente, consumo, etc.–.

Por lo que se refiere a las disputas de carácter penal, la mediación se utiliza como una alternativa tanto al procedimiento penal como a la pena privativa de libertad. En este sentido, hay que advertir que la mediación delincuente-víctima difiere de la empleada en otros sectores del ordenamiento jurídico (mercantil, civil, etc.), ya que mientras en estos últimos casos ambos disputantes han contribuido a generar el conflicto, pudiendo, por tanto, entrar a negociar su responsabilidad en el mismo; en el ámbito penal, en cambio, se parte de la asunción de culpabilidad por el delincuente, que es el que ha generado el conflicto, siendo ésta la única materia que no puede ser objeto de negociación, de modo que el encuentro se dirige casi exclusivamente hacia el resarcimiento a la víctima⁵³.

Básicamente, los programas de mediación consisten en la celebración de un encuentro directo entre el delincuente y la víctima en presencia de un mediador entrenado, y dentro del contexto de la justicia penal, cuyo objetivo es facilitar, no solo la negociación de un acuerdo de restitución a la víctima, sino también la reconciliación entre las partes, a través de la expresión de sentimientos y de una mayor comprensión de los hechos⁵⁴. Bien entendido, que la mediación y el acuerdo de reparación consiguiente no constituyen una forma de conformidad en el procedimiento penal –*plea bargaining*–, pues, a diferencia de lo que ocurre en este último supuesto, la negociación se lleva a cabo directamente entre las partes en conflicto, el delincuente y la víctima, y no entre el fiscal y el abogado defensor⁵⁵. La diferencia es importante, puesto que la reducción de cargos en el *plea bargaining* genera en ocasiones algunas tensiones con la víctima, en cuanto que ésta sólo tendrá derecho a la restitución de los daños de los que sea declarado culpable el acusado, según dispone el Acta de Protección de la víctima y los testigos de 1982⁵⁶.

Concretamente en el ámbito de la justicia penal se han llevado a cabo dos⁵⁷ tipos de mediación: *los*

⁴⁸ Cfr. Goldberg, S.B./Green, E.D./Sander, F.E.A.: *Dispute Resolution*, Boston-Toronto, 1985, págs. 7 y ss.

⁴⁹ En este sentido, otra de las clasificaciones comúnmente empleada distingue entre los procedimientos adjudicadores, evaluadores y mediadores. Al primer grupo pertenecen el arbitraje, "el juez de alquiler o juez privado", "la búsqueda neutral de hechos" (*neutral fact-finding*), en todos ellos se persigue la toma de una decisión por el tercero neutral que resuelva el conflicto, vinculante o no para las partes. En los procesos evaluadores, en cambio, se trata de realizar una valoración objetiva de todos o alguno de los puntos controvertidos a través de la recopilación de información de profesionales, expertos, etc., que se plasma en un informe. De este tipo son el *peer evaluation* –la evaluación de igual a igual–, la evaluación de expertos o el *summary jury trial* –juicio sumario con jurado–. Por su parte, los procesos mediadores no persiguen ni la toma de decisiones por un tercero ni tampoco una valoración determinada, sino la adopción de un acuerdo aceptable para ambas partes en conflicto. A este grupo pertenecen los programas de mediación entre el delincuente y la víctima, la conciliación, etc. (vid. Kovach, K.K.: *Mediation. Principles and Practice*, St. Paul, Minnesota, 1994, págs. 8 y ss.; desde una dimensión práctica, Knight, H.W./Fannin, C.F./Disco, S.G./Chernick, R.: *California Practice Guide. Alternative Dispute Resolution*, 1997).

⁵⁰ Weinstein, J.B.: "Some benefits.", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 247.

⁵¹ De este tipo son, por ejemplo, los arbitrajes judiciales, exigidos por la Ley de California como paso previo al juicio civil cuando la cuantía de la demanda es menor o igual a 50.000

dólares. En ellos la decisión final del arbitraje no es vinculante para las partes, que pueden decidir ir a juicio. Del mismo tipo es la mediación en la custodia de los hijos (vid. los parágrafos 3170, 3175 del Código de Familia de California), cfr. Knight, H.W./Fannin, C.F./Disco, S.G./Chernick, R.: *California Practice Guide. Alternative Dispute Resolution*, 1997.

⁵² Vid. sobre el particular, Weinstein, J.B.: "Some benefits.", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 247.

⁵³ Cfr. Umbreit, M.S./Bradshaw, W.: "Victim experience of meeting adults versus juvenile offenders: a crossnational comparison", en *Federal Probation*, 61, diciembre, 1997, págs. 33 y 34.

⁵⁴ Cfr. *PACT Institute of Justice, Victim-offender reconciliation and mediation program directory* 1, 1993.

⁵⁵ Mika, H.: "The practice...", *cit.*, *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2191.

⁵⁶ Sobre los problemas que genera el *plea bargaining* con la participación de la víctima, vid. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", *cit.*, en *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1499, nota 148.

⁵⁷ En otros países se han aplicado otras formas de mediación, por ejemplo, en Australia y Gran Bretaña se usa la técnica del "*family group conferencing*" –reuniones del grupo familiar–.

programas de reconciliación –VORP– y los de mediación –VOM– del delincuente con la víctima⁵⁸. En ambos casos, el programa consiste en reunir al delincuente con su víctima⁵⁹ en presencia de un tercero neutral, normalmente un voluntario, para discutir sobre los daños causados por el delito, buscando llegar a un acuerdo de restitución. El cumplimiento de este acuerdo permitirá, según los casos, no llegar a formular la acusación, sobreseer el procedimiento o sustituir la pena de prisión correspondiente. Como ya se advirtió el objeto de este acuerdo no tiene que ser necesariamente el pago de una cantidad dineraria, sino que puede consistir igualmente en la prestación de un servicio en favor de la víctima o en una simple disculpa⁶⁰, lo que entre la doctrina alemana se ha dado en llamar reparación simbólica⁶¹. Aun cuando ésta es la finalidad común a ambas categorías, existen, sin embargo, diferencias significativas que tienen que ver con sus propios orígenes. Este análisis permitirá comprender mejor su papel dentro del ámbito penal.

El primer programa de reconciliación entre el delincuente y la víctima (VORP) se llevó a cabo en Kitchener, una pequeña ciudad de Ontario (Canadá), en 1974. El Tribunal, siguiendo las recomendaciones del oficial de la *probation* –un hombre perteneciente a la congregación religiosa de los Mennonite– decide dejar en suspenso durante un mes la condena por vandalismo, y ordenar a los dos jóvenes condenados a encontrarse con sus veintuna víctimas al objeto de determinar la cuantía de los daños producidos por el delito. Asimismo se estipula que en esta tarea sean acompañados por el propio oficial de la *probation* además de por otro miembro de la citada congregación religiosa. Una vez determinada la cuantía, el juez fija como condición de la *probation* el pago de aquélla en concepto de reparación a las víctimas, para lo cual establece un plazo de tres meses. La condición es cumplida satisfactoriamente por ambos jóvenes⁶².

El éxito del programa se propaga rápidamente, y

para el tratamiento de la delincuencia juvenil, que consiste en un encuentro que reúne a la víctima, al delincuente y a otras partes interesadas para alcanzar un acuerdo de restitución, normalmente familiares de ambas partes, como por ejemplo, los padres del menor autor del hecho delictivo, etc., vid. al respecto, Scheff, T.J.: "Therapeutic Jurisprudence forum: community conferences: shame and anger in therapeutic jurisprudence", en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 67, 1998, págs. 97 y ss.

⁵⁸ Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *North Carolina Law Review*, 72, septiembre, 1994, págs. 1483 y ss.

⁵⁹ Existen algunos programas en los que se admite una "mediación vicaria", esto es, que en defecto de la participación de la verdadera víctima, bien porque no se encuentre determinada o bien porque no preste su consentimiento para ello, la mediación se lleva a cabo entre el delincuente y grupos de personas que fueron victimizadas por el mismo delito u otro semejante (vid., sobre el particular Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for...", cit., en *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 80; BAKKER, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, págs. 1513 y 1514).

⁶⁰ Niemeyer, M./Shichor, D.: "A preliminary study of a large victim-offender reconciliation program", en *Federal Probation*, 60, septiembre, 1996, pag. 33.

⁶¹ Vid. sobre el particular, la fundamentación al § 2.4 del Proyecto Alternativo de Reparación en *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, 1992, München, págs. 41 y ss.

⁶² Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 207 y 208.

en tan sólo unos pocos años después, en 1978, se implanta otro programa semejante en Elkhart, Indiana⁶³, existiendo en la actualidad multitud de ellos en los Estados Unidos y Canadá⁶⁴.

La característica definitoria de este grupo de programas radica en su insistencia en la *reconciliación* del delincuente con la víctima del delito⁶⁵, en la reconstrucción de las relaciones interpersonales. Si se consigue con ello la rehabilitación del delincuente, mejor, aunque no es éste su objetivo principal. El origen de los VORP no se vincula a la búsqueda de una alternativa a la privación de libertad que la sustituya en todo o en parte, sino más bien a la búsqueda de una alternativa al propio sistema penal. Esto es, la reparación acordada no es una nueva pena sino más bien una forma distinta de resolver el conflicto penal, en la que los esfuerzos se dirigen a generar un mayor entendimiento de lo ocurrido para ambas partes. En esta orientación se hace patente la influencia de sus propios orígenes religiosos, vinculados a los ideales pacifistas de la congregación Mennonite⁶⁶.

Los programas más antiguos son, sin embargo, los de *mediación entre el delincuente y la víctima (VOM)*. A diferencia de los anteriores, éstos se encuentran dentro del modelo social de resolución de disputas, por lo que vienen asociados generalmente a centros de justicia vecinal (*neighborhood justice system*), integrados por voluntarios del propio vecindario.

El primer programa de esta clase tuvo lugar en Columbus, Ohio, en 1969, en donde ante la gran cantidad de casos pendientes, la fiscalía decide establecer un fórum para someter a mediación los delitos más leves, que de cualquier forma, debido al volumen de casos, no serían adecuadamente tratados. El éxito del programa condujo a que en 1977 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos crease otros centros de justicia vecinal en Atlanta, Kansas City y Los Angeles⁶⁷.

A diferencia de lo que había ocurrido en los programas de reconciliación, la motivación en los programas de mediación se encontraba lejos de ideales religiosos. Se buscaba agilizar y mejorar el funcionamiento de la administración de justicia. No se estaba, por tanto, pensando tampoco en una al-

⁶³ Mika, H.: "The practice ...", cit., *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2195.

⁶⁴ De acuerdo con el FACT Institute of Justice, *Victim-offender Reconciliation and Mediation Program Directory*, 1993, los programas se han incrementado de 32 en 1985 a 122 en 1993. Uno de estos programas se desarrolla en la ciudad de Oakland (California).

⁶⁵ En este sentido, Brown, J.G.: "The use of ...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1260, pone de manifiesto la ideología cristiana que inspira estos programas y que tiene como consecuencia la insistencia en la reconciliación de las partes como objetivo central de la mediación.

⁶⁶ Generalmente los programas de mediación/reconciliación adoptan uno de estos tres esquemas: el *modelo religioso*, que se dirige a la reconciliación y el perdón; el *modelo social*, que se dirige a la restauración de las relaciones sociales y la tranquilidad pública; y el *modelo del sistema legal* que se apoya en la prevención del delito desde los propios departamentos dirigidos a ellos: la fiscalía, el departamento de la probation, etc (cfr. Urban Guill, T.: "A framework for understanding and using ADR", en *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1328).

⁶⁷ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., en *N C L Rev.*, 72, 1994, págs 1485 y ss

ternativa a la pena privativa de libertad, sino en un medio de solucionar los conflictos más rápido, menos costoso y más eficaz.

La insatisfacción ciudadana que se dejaba sentir con el sistema judicial se trata de contrarrestar fomentando la participación de las comunidades vecinales en la propia administración de justicia. De este modo se acaba generando en la población un sentimiento de confianza y respeto hacia dicha institución. Esta será una de las razones que, como veremos más adelante, mejor explica la expansión de estos programas y su vinculación al sistema de justicia criminal.

En la actualidad, según datos de la *American Bar Association*, se han identificado al menos unos 150 programas en todo el país que se ocupan de asuntos penales. Sólo en el Estado de California se cuenta con veinticinco programas registrados de mediación/restitución entre el delincuente y la víctima en el año 1998⁶⁸. Los buenos resultados alcanzados en relación con la reincidencia hacen que la reparación pactada se considere como una alternativa eficaz a la pena de privativa de libertad en la prevención de los delitos. En este sentido, actualmente se dice que éstas son las tres finalidades que aglutina la mediación dentro del Derecho penal: resarcir a la víctima, rehabilitar al delincuente y prevenir los delitos⁶⁹.

b) Su estructura y funcionamiento

Como ya se ha adelantado, la mediación entre el delincuente y su víctima supone una forma distinta de responder al delito, en la que la víctima recupera su protagonismo histórico en detrimento del Estado. La idea es llevar a cabo un proceso de negociación entre las verdaderas partes en conflicto: el autor del hecho delictivo y la persona que se ha visto directamente afectada por el mismo. No todos los delitos pueden ser, sin embargo, objeto de mediación⁷⁰. Las condiciones de admisión varían prácticamente con cada programa, dependiendo, por ejemplo de la naturaleza del delito o de la edad del delincuente a los que se dirigen. Así, por ejemplo, algunos sólo se dedican a la delincuencia juvenil, mientras otros se ocupan exclusivamente de delincuencia de adultos. En otros, en cambio, se admite a ambos grupos de delincuentes, siempre que sea la primera vez que delincan. Asimismo, la gran ma-

yoría de programas están pensados para delitos de carácter patrimonial⁷¹, delitos leves, los protagonizados por delincuentes juveniles y los delitos cometidos dentro del ámbito familiar, si bien, en fechas relativamente recientes se han comenzado a aplicar, además, a delitos violentos graves como, por ejemplo, el homicidio imprudente, el robo o la agresión sexual⁷². La gravedad del delito constituye, en fin, otro de los criterios de admisión para la mediación. Aunque una buena parte de los programas vienen referidos a delitos menores, lo que aquí serían faltas, *-misdemeanor-*, también han hecho su aparición otros especialmente dedicados a delitos graves *-felonys-*⁷³.

El *procedimiento de mediación* se lleva a cabo por voluntarios del propio barrio o vecindario, por voluntarios pertenecientes a una determinada iglesia, o por funcionarios entrenados de la propia administración de justicia, según que el programa de mediación sea de base social, religiosa o institucional. El proceso se divide en *cuatro fases*⁷⁴. La primera comienza con *el envío del caso* al programa de mediación, tarea que se lleva a cabo normalmente desde dentro de la administración de justicia. De modo que las fuentes suelen ser los propios agentes de la policía, el juez, el fiscal, el funcionario de la *probation* o el de la *parole* *-libertad condicional-*, etc. Durante la segunda fase los esfuerzos se dirigen a la *preparación del caso*. Para ello el mediador *-casi siempre un voluntario entrenado-* contacta por separado con la víctima y con el autor del hecho delictivo, recabando el consentimiento de ambas partes⁷⁵ para tomar parte en la mediación. Es el momento en el que se recopila toda la información necesaria para determinar si el caso reúne las condiciones exigidas por el programa.

El encuentro directo entre la víctima y el delin-

⁷¹ Algunos autores reclaman que se establezca la mediación como una alternativa en todos los delitos patrimoniales y socioeconómicos, vid., Bakker, M.W.: "Repairing the breach", *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1525.

⁷² Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1513.

⁷³ Vid. Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1485. Así, por ejemplo, en el Estado de California hay algunos programas que solo admiten infracciones leves (*misdemeanors*) como el desarrollado en el Centro de Mediación de Costa Mesa, mientras otros incluyen también delitos graves (*felonys*): el VORP de Central Valley, Inc.

⁷⁴ Cfr. Joseph, K.L.: "Victim-offender...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 209 y ss.; Mika, H.: "The practice and prospect...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2197 y 2198.

⁷⁵ Los defensores de estos programas insisten siempre en que el consentimiento es voluntario y libre, pero lo cierto es que éste es un aspecto sumamente controvertido por la presión que se ejerce sobre las partes. Así, por una parte, el acusado si participa podrá eludir la condena de prisión y ser mejor visto por el juez en caso de que haya que decidir sobre la *probation* o la libertad condicional; y por otra, la víctima puede obtener de una manera más rápida la reparación de los daños causados por el delito (vid. sobre el particular, por todos, Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1266 y ss.) El elemento de la voluntariedad referida a la reparación ha sido también empleado por un sector de la doctrina alemana como criterio de distinción entre la reparación y la responsabilidad civil, vid. sobre este particular, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Munchen, 1992, pág. 40. Críticamente se manifiesta, sin embargo, Lampe, E.J.: "Wiedergutmachung als dritte Spur des Strafrechts?", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 11, 1993, págs. 487 y ss.)

⁶⁸ Cfr. *Directory of Victim-offender Mediation Programs in the US*, en la página-web del *Center for Restorative Justice and Mediation*, (<http://ssw.che.umn.edu/ctr4rjm/resources/VOMSsur/californ.htm>).

⁶⁹ Mika, H.: "The practice...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2196 y 2197.

⁷⁰ En general, los medios alternativos de resolución de conflictos no resultan adecuados para tratar conflictos en los que existe un acusado desequilibrio de fuerzas (emocionales, económicas o sociales) entre las partes, pues estos mecanismos acaban acentuándolo (cfr. Guill, T.U.: "A framework for understanding and using ADR", en *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1333; Goldberg, S.B./Green, E.D./Sander, F.E.A.: *Dispute Resolution*, cit., pág. 11). Es, por ello, por lo que se cuestiona su aplicación para delitos violentos como los de maltrato habitual al cónyuge o a los hijos (vid. sobre el particular, Fischer, K./Vidmar, N./Ellis, R.: "The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases", en *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2117 y ss.).

cuenta constituye la tercera fase, representando, además, el momento central del proceso de mediación en el que tiene lugar la discusión o negociación entre las partes. Corresponde al mediador guiar esta discusión, en primer lugar, a comprender lo ocurrido, concentrándose en la expresión de sentimientos y en la formulación de preguntas acerca del delito y de sus consecuencias; en segundo lugar, a evaluar el daño producido a la víctima y a adoptar un acuerdo de reparación.

La cuarta fase se corresponde con la *formalización por escrito de dicho acuerdo*, en el que se fija la clase, cantidad y forma de ejecución de la reparación a la víctima o de los trabajos en beneficio de la comunidad –*community service*–. Si no llegase a haber un acuerdo entre las partes, el caso sería devuelto a los Tribunales, continuando el curso judicial habitual.

Por lo que se refiere al *momento procesal en el que tiene lugar la mediación*, también varía con el programa en cuestión. Básicamente, puede introducirse en alguno de los siguientes momentos⁷⁶:

a) *Antes de la formulación de cargos contra el acusado*. En un gran número de casos el programa entra en el sistema de justicia penal a través de la *diversion*, una de las instituciones que funcionan como alternativa a la sentencia de prisión. De acuerdo con el parágrafo 1001.9 del Código Penal de California, la *diversion* consiste en la *suspensión del procedimiento penal* durante un determinado período de tiempo bajo ciertas condiciones, que de ser cumplidas por el sujeto eliminan los cargos. En otro caso, el procedimiento penal vuelve a reabrirse⁷⁷.

Lo característico, pues, de la *diversion* frente a otras alternativas es que puede tener lugar en cualquier momento antes de que se celebre el juicio oral. De modo que el sujeto, antes de que se formule la acusación contra él, o incluso, cuando los cargos ya han sido formulados⁷⁸, es *desviado* del procedimiento penal a alguno de los programas de *diversion* previamente establecidos. Además, la *diversion* no es una opción que se pueda aplicar respecto de cualquier clase de delito. En este sentido, el Código penal de California limita la posibilidad de

diversion a los siguientes hechos delictivos: algunos de los relativos al tráfico y posesión de drogas (parágrafo 1000 (a)), supuestos de violencia doméstica (parágrafos 1000.6–1000.11), para el maltrato de niños que no integren abusos sexuales (parágrafos 1000.12–1000.36), para las infracciones penales leves –*misdemeanor*– siempre que existan programas locales de *diversion* y cuenten con la aprobación del fiscal (1001–1001.9 y 1001.50–1001.55); para las personas mentalmente discapacitadas (parágrafos 1001.20–1001–34); para la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (parágrafo 1001.40); para el delito de cheque en descubierto (parágrafo 1001.60–1001.67).

Aunque el Código penal de California sólo se refiere al empleo de medios extrajudiciales en la resolución del conflicto en relación con las infracciones penales leves o *misdemeanor* (parágrafos 14150–14156), lo cierto es que la mediación ha sido también establecida en el resto de programas de *diversion*. Así, por ejemplo, uno de los casos más controvertidos en el momento presente es su aplicación dentro del ámbito de los maltratos habituales al cónyuge⁷⁹.

b) Los programas de mediación también tienen cabida una vez que se ha dictado el veredicto de culpabilidad del sujeto como una de las condiciones⁸⁰ de la *probation*, otra de las alternativas a la privación de libertad. La *probation*, a diferencia de lo que sucede con el caso de la *diversion*, sólo puede entrar en juego una vez que se ha emitido el veredicto de culpabilidad y se tiene que dictar por el juez la correspondiente sentencia condenatoria⁸¹. En particular, siguiendo con el ejemplo del Estado de California, su Código penal en el parágrafo 1203.a), la define como “*la suspensión de la imposición o de la ejecución de una sentencia y la consiguiente puesta en libertad revocable o condicional bajo la supervisión del funcionario de la probation*”⁸².

⁷⁶ En este sentido, Van Ness, D.W./Nolan, P.: “Legislating for...”, *Regent University Law Review*, 10, 1998, págs. 70 y ss., han puesto de relieve como los programas de mediación pueden ser aplicados, según cual sea el sistema judicial del país en cuestión, en momentos diversos del procedimiento penal, incluso una vez que el sujeto ha sido ya condenado y se encuentra cumpliendo la condena. Sobre la experiencia norteamericana, vid. igualmente, Mika, H.: “The practice and...”, *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2196; Brown, J.G.: “The use of...”, *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1248, nota nº 3.

⁷⁷ Cfr. Gagen, W.E.JR/Candela, M.P.: “Preplea probation report and diversion”, en *California Criminal Law Procedure and Practice*, 3 ed., Berkeley, 1996, págs. 190 y ss.

⁷⁸ En estos casos se exige una declaración de culpabilidad del sujeto –*plea of guilty*– “para ser desviado al programa en cuestión”. Algunos autores (vid., Brown, J.G.: “The use of...”, *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1285 y 1286) han criticado duramente esta condición del programa, muy frecuente en los casos de violencia doméstica, pues el sujeto no cuenta con el asesoramiento de un abogado, y por ello, normalmente no es informado sobre las consecuencias futuras de tal declaración de culpabilidad. Piénsese en el supuesto de que el acuerdo de restitución no sea alcanzado y que el caso vuelva de nuevo a los Tribunales.

⁷⁹ En contra de la admisibilidad de la mediación entre el delincuente y la víctima en estos casos se han pronunciado, entre otros, Fischer, K./Vidmar, N./Ellis, R.: “The culture of Battering and the role of mediation in domestic violence cases”, en *The Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, págs. 2117 y ss., en donde se sostiene, a mi modo de ver razonablemente, que en esta clase de delitos existe una “cultura del abuso” que la mediación sólo contribuye a intensificar, pues la relación así establecida envuelve mecanismos de dominación entre ambos sujetos que pasan desapercibidos hasta para un mediador entrenado. En definitiva, la relación de dominación y sometimiento en que se apoya la violencia doméstica no se corresponde con los principios en los que se basa la mediación, impidiendo el logro de sus objetivos.

⁸⁰ Puede fijarse cualquier condición que guarde una relación razonable con el delito cometido. El Código penal de California, en su parágrafo 1203.1, establece que una de ellas puede ser incluso el cumplimiento de un tiempo de privación de libertad en la cárcel del condado. Una enumeración de los Estados que han recogido en sus códigos penales la mediación como una posible condición de la *probation* se encuentra en Boldt, R.C.: “Criminal Law: Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, pag. 970, nota 1.

⁸¹ Las opciones con las que contaba el juez ante un veredicto de culpabilidad eran básicamente dos: la condena a la pena privativa de libertad fijada en el Código penal o bien colocar al sujeto en *probation*. Es, por ello, que en los últimos años se ha hecho un esfuerzo por instituir opciones intermedias a través de los programas alternativos de mediación o del *community service* (Cfr. Mauer, M.: “Alice in wonderland...”, *Saint Louis University Public Law Review*, 14, 1994, págs. 261 y ss).

⁸² Esta forma de *probation* se conoce bajo el nombre de “formal o

En este contexto, la mediación se configura como una forma de alcanzar la reparación de la víctima, que al estar reconocida en el Estado de California como un derecho constitucional –art. I, parágrafo 28 (b)–⁸³, aparece como una consecuencia del delito, de naturaleza penal, que se une a la pena correspondiente –parágrafo 1202.4 (a) Código Penal de California–, o en cualquier caso como condición de la *probation* –parágrafo 1668 C. P. California–. Es más, incluso en los casos en los que no hay una víctima del delito resulta obligado el pago de una reparación al Fondo de Restitución –parágrafo 1203.04, a) Código Penal de California–.

c) La mediación entre el delincuente y la víctima también puede tener lugar una vez que el reo se encuentra cumpliendo condena. En estos casos, que son los menos frecuentes, la participación del condenado facilita la concesión de la libertad condicional (*parole*), convirtiéndose el acuerdo de reparación en una de las condiciones de la misma.

c) Resultados obtenidos con la mediación

El empleo de la mediación dentro del Derecho penal no es algo pacífico. Por una parte, sus defensores alaban no sólo su menor coste económico⁸⁴, si se compara con los gastos que genera el funcionamiento de una prisión⁸⁵, sino además los resultados positivos que se logran respecto de la víctima, del delincuente y de toda la comunidad, asociados a una mayor flexibilidad del proceso y de la intervención de las partes. En este sentido, los estudios empíricos⁸⁶ realizados destacan el alto nivel de sa-

supervisada". En los casos de infracciones leves –*misdeameanor*– el Código penal, parágrafo 1203, a), expresamente prevé la posibilidad de la *probation* "sin supervisión del funcionario", lo que se conoce como *probation* judicial –*court probation*–, aunque el texto legal lo denomina "sentencia condicional" (cfr. Kinnard, M./Beale, M./Urrutia, A.M.: "Probation", en *California Criminal Law. Procedure and Practice*, 3ed., Berkeley, 1996, págs. 1212 y ss.).

⁸³ El artículo I, parágrafo 28 (b) declara:

"Restitución. Es la intención inequívoca de las personas del Estado de California de que todo el que sufra pérdidas como resultado de un hecho delictivo tenga derecho a la restitución de las mismas por las personas condenadas por dicho delito.

La restitución será ordenada para todos los condenados y en todos los casos en que la víctima de un delito sufra pérdidas, con independencia de la sentencia o disposición impuesta, a no ser que existan razones extraordinarias e ineludibles que lo impidan. El legislador adoptará las previsiones necesarias para el desarrollo de esta sección durante el año siguiente a la aprobación de la misma".

⁸⁴ En general, respecto de cualquier método extrajudicial alternativo, cfr. Kerbeshian, L.A.: "ADR", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 392 y ss. Críticamente, sin embargo, Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 276, puesto que, según se advierte, estos costes pueden elevarse si, como ocurre en un alto porcentaje de los supuestos llevados a mediación, el asunto se acaba devolviendo a los Tribunales para su enjuiciamiento *ex novo*.

⁸⁵ Citando los datos recogidos por Mika, H.: "The practice and...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2193, unos 20 billones de dólares al año.

⁸⁶ Entre otros, destacan los estudios de Niemeyer, M./Shichor, D.: "A preliminary study...", cit., *Federal Probation*, 60, septiembre, 1996, págs. 30 y ss.; Umbreit, M.S./Bradshaw, W.: "Victim experience...", cit., *Federal Probation*, 61, diciembre, 1997, págs. 33 y ss. En este último trabajo se estudian las razones de porque las víctimas de los delitos protagonizados por menores experimentan una mayor satisfacción al participar en un programa de mediación que la que obtienen sus homónimas cuando los delincuentes son adultos. El estudio demuestra que

tisfacción tanto de la víctima como del autor⁸⁷ con el proceso de mediación, y en general con la administración de justicia.

Así, se dice que la víctima recibe una mayor participación en el proceso de persecución del delito, pudiendo formular preguntas y expresar sentimientos, que le servirán para eliminar el miedo a una futura victimización⁸⁸. Llega a sentirse, incluso, parte activa en la rehabilitación del delincuente⁸⁹. Por otra parte, el autor del hecho al ser igualmente escuchado por la víctima, recibe un trato de igualdad, en el que se le da la oportunidad de "hacer las cosas bien"⁹⁰, reconociendo el hecho cometido y dejándolo atrás al reparar a la víctima. La comprensión de las consecuencias que ha traído el hecho delictivo realizado, así como la asunción de la responsabilidad de subsanarlas, es lo que hace posible, a decir de sus partidarios, las bajas tasas de reincidencia de los que participan en los programas de mediación⁹¹.

De este modo, se consiguen beneficios adicionales para la sociedad en general, reduciendo los costes, previniendo el delito a través de la rehabilitación del delincuente, y en fin, incrementando la participación ciudadana en el propio proceso de administrar justicia. Se acaba generando, así, una mayor confianza y respeto de todos los implicados por el sistema de justicia.

Luego, bien puede decirse, que el éxito de estos medios extrajudiciales radica esencialmente en lo que se ha denominado la *repersonalisierung* –humanización–⁹² del Derecho penal precisamente porque se trata de contrarrestar el trato impersonal reciben la víctima y el autor del hecho dentro del procedimiento penal.

d) Obstáculos teóricos a la mediación dentro del Derecho penal

Los reparos que se dirigen a la mediación son tanto de orden teórico como práctico. En este apartado consideraremos sólo los de este primer grupo, esto es, aquellos que tienen que ver con principios constitucionales o con límites del propio Derecho penal. Las dificultades prácticas serán examinadas más adelante, pues, entiendo que

se debe básicamente a la escasa participación que de forma comparativa ha venido teniendo la víctima en la jurisdicción de menores frente a la de adultos.

⁸⁷ Muy documentado en este sentido el trabajo de Kerbeshian, L.A.: "ADR", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 385 y ss.

⁸⁸ Críticamente con estos beneficios para la víctima, Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1273 y ss., para quien el proceso de mediación puede llegar a inhibir la expresión de la cólera de la víctima y presionarla al perdón del autor del hecho, cuando puede ocurrir que aquella no quiera o no pueda perdonar a éste.

⁸⁹ Mika, H.: "The practice and...", cit., *Southern Methodist University Law Review*, 46, 1993, pág. 2198.

⁹⁰ Vid. Joseph, K.L.: "Victim-offender mediation", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 212 y ss.

⁹¹ Cfr. Bakker, M.W.: "Repairing the breach", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, págs. 1502 y ss.

⁹² El término es empleado por Baumann: "Zur Repersonalisierung des Strafrechts", en *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, págs. 41 y ss.

pertenecen más al concepto de reparación que al de mediación.

Por una parte, se les acusa de representar un riesgo de privatización del Derecho penal en cuanto que el interés público en la persecución del delito queda desplazado por el de la víctima a la obtención de una restitución. Se habla incluso de una devolución del conflicto a la víctima. En consecuencia, la línea que separa el Derecho penal del privado queda muy difuminada. De aquí, que algún sector llegue a defender la abolición del Derecho penal⁹³, o que desde una posición contraria, se proponga la despenalización⁹⁴ de las materias que pretenden someterse a mediación en base al principio de mínima intervención, ya que, en definitiva, supone un reconocimiento de la primacía en esos casos del interés particular sobre el público. No es legítimo, por tanto, utilizar la coerción pública allí donde no hay un interés público que defender⁹⁵.

Lo que ocurre es que estas consideraciones tienen mucho que ver con la naturaleza que se acabe otorgando a la reparación que resulta del proceso de mediación. Pues si se reconoce que puede servir a los fines de la pena, entonces, como veremos, es posible establecer una separación entre lo que es una pura indemnización civil y lo que constituye reparación penal.

Por otra parte, el empleo de medios extrajudiciales para resolver el conflicto penal, se dice, devalúa la función simbólica que desarrolla el proceso penal⁹⁶, ya que se pierde el efecto público de prevención. La existencia de muchos sistemas de normas y diversos valores en una sociedad sumamente pluralista como la norteamericana aconseja seguir dejando en manos de los Tribunales la proclamación de los valores jurídicos, que deben ser respetados por todos⁹⁷. Se dice, en este sentido, que los acuerdos privados difícilmente sirven para fomentar los valores de grupo, y difícilmente son dados a conocer a otros miembros del grupo⁹⁸.

En mi opinión, la renuncia a la pena por el acuerdo de reparación no tiene porqué cuestionar más el carácter público del Derecho penal que la propia existencia de delitos privados o semiprivados⁹⁹ o

que el reconocimiento de eficacia al perdón del ofendido¹⁰⁰. En este sentido el profesor Landrove Díaz ha puesto de manifiesto la paradoja de nuestro Código penal que, por un lado, manifiesta una tendencia hacia la privatización del sistema penal por el incremento de delitos perseguibles a instancia de parte; y por otro, reduce la incidencia del perdón del ofendido¹⁰¹. Además, la reparación no impide que el Derecho penal cumpla sus fines preventivos. En primer lugar, porque los fines que se persiguen en la fase de aplicación del Derecho penal no tienen que ser necesariamente coincidentes con los que rigen en el momento legislativo¹⁰². En segundo término, porque también se cumple un efecto preventivo, ordenador de conductas, cuando el sujeto por temor a la pena se aviene a reparar a la víctima el daño causado¹⁰³. Desde esta perspectiva se logra, asimismo, ser respetuoso con el principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que la reparación se muestra como un medio menos lesivo y más eficaz que la pena privativa de libertad para la prevención de, al menos, algunos tipos de delitos. Se reserva, así, la privación de libertad para los hechos más graves.

Se han formulado, sin embargo, objeciones a los programas de mediación desde el punto de vista de las garantías y de los principios penales. Así, la falta de uniformidad de los criterios de admisión que rigen en los diversos programas de mediación ha llegado a poner en tela de juicio el respeto al principio de igualdad. En efecto, al igual que ocurría con la pena de multa, se ha dicho que existe el riesgo de crear dos sistemas paralelos de justicia, uno para los pobres y otro para los ricos¹⁰⁴. Así, si la mediación se encamina a la formalización de un acuerdo de reparación, que normalmente consiste en el pago de una cantidad dineraria compensatoria de los daños sufridos por el delito, entonces, resulta evidente que sólo se colocaran en los procesos de *diversion* o *probation* a aquellos sujetos de los que se piense *a priori* que son capaces de cumplir con las condiciones estipuladas en ellos¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Quintero Olivares, G./Morales Prats, F./Prats Canut, M. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pág. 71.

¹⁰¹ Cfr. en *La Moderna... ob. cit.*, págs. 178 y 179.

¹⁰² Como pone de manifiesto Quintero Olivares, G.: "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", en *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 595 y ss., el efecto de prevención general del Derecho penal se produce desde el momento legislativo, no teniendo que ser la pena la única consecuencia ante el incumplimiento de la norma penal, momento en el que se demuestra la ineficacia de aquella prevención general.

¹⁰³ Cfr. Quintero Olivares, G.: "La reparación del...", cit. *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pág. 598.

¹⁰⁴ De esta opinión es Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 262. Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm of criminal justice" en Barnett, R.E./Hagel, J. (Ed.): *Assessing the Criminal Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, pág. 379, en donde se alega que lo esencial para la teoría restauradora son las necesidades y derechos de las víctimas, y estos son los mismos independientemente de que el ofensor sea rico o pobre. El tratamiento igualitario se busca para las víctimas.

¹⁰⁵ La información es recopilada por los agentes de la *probation* y presentada como un informe previo al juicio (*pre-trial report*) o a la sentencia (*pre-sentence report*)

⁹³ Vid las referencias al respecto recogidas por Van Ness, D.W.: "New wine and old wineskins: four challenges of restorative justice", en *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 261 y ss.

⁹⁴ De esta opinión se manifiesta en la doctrina española, Gracia Martín, L.: "El sistema de las consecuencias jurídicas del delito", en Gracia Martín, L./Baldova Pasamar, M.A./Alastuey y Dobon, M.C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996, pág. 43.

⁹⁵ Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1252.

⁹⁶ Sobre esta función simbólica, cfr. Boldt, R.C.: "Criminal Law...", cit., *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 1004 y 1005.

⁹⁷ En este sentido, Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 249 y 250, pone el ejemplo de la comunidad tailandesa que mantuvo las condiciones laborales de sus países de origen al contratar a sus compatriotas en las tiendas de dulces que regentaban, sin cuestionarse la legalidad de aquéllas en California. De la misma opinión, Brown, J.G.: "The use of mediation...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1251, Guill, T.U.: "A framework for understanding and using ADR", en *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1331.

⁹⁸ Kerbeshian, L.A.: "ADR...", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, pág. 420.

⁹⁹ Larrauri Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, pág. 192.

Sus defensores¹⁰⁶ centran, sin embargo, las razones para negar la admisión de un sujeto en un programa de mediación en alguno de estos aspectos: la falta de reconocimiento por parte del autor de su responsabilidad en el hecho delictivo, la negativa de cualquiera de las partes a participar en el programa de mediación y la alta probabilidad de un elevado riesgo para la seguridad pública.

En mi opinión la reparación no debería plantear en lo referente a la igualdad mayores problemas que la pena de multa¹⁰⁷. Máxime si se tiene en cuenta que, aunque la forma más corriente sea la pecuniaria, aquélla puede consistir también en la petición de disculpas o en la prestación de algún servicio a la víctima¹⁰⁸. La capacidad económica del individuo puede ser tenida en cuenta para establecer la forma que adopte la reparación o la ejecución del acuerdo mismo, y siempre podría articularse un sustitutivo para caso de incumplimiento.

En este orden de cosas, la observación de una cierta disparidad racial entre los participantes de algunos de estos programas ha levantado algunas dudas sobre la existencia de discriminación en su aplicación¹⁰⁹. Algo que en Estados Unidos va normalmente asociado a los sectores económicos más marginados.

Asimismo, se aduce, que además de ponerse en peligro el principio de igualdad, puede llegar a conculcarse también el de *proporcionalidad*. En efecto, si como parece la reparación viene condicionada por el daño causado por el hecho delictivo y por los propios deseos de la víctima, entonces puede suceder que, a pesar de tratarse de hechos de distinta culpabilidad (imprudentes o dolosos) se acabe generando una misma responsabilidad si los resultados producidos son los mismos; o incluso que, ante hechos equivalentes en injusto, culpabilidad y daños, se alcancen, sin embargo, acuerdos de restitución diversos, porque una víctima sea más benevolente o vindicativa que otra¹¹⁰. Para paliar estos efectos los partidarios de la mediación¹¹¹ proponen

fijar un mínimo y un máximo entre el que se muevan las cantidades de reparación para cada uno de los delitos. En España los que han abogado por la naturaleza penal de la reparación siempre han requerido que, como en el resto de las sanciones penales, se tenga en cuenta tanto el injusto como el aspecto subjetivo del hecho delictivo¹¹². De este modo se conseguiría obviar otra de las objeciones hechas a la reparación penal, como es la relativa a los casos de ausencia de daño. Si, por ejemplo, no hay una víctima concreta (*victimless crimes*), como sucede en el tráfico de drogas, o en general en los delitos de peligro o en algunas tentativas de delito¹¹³. En estos supuestos se ha propuesto por algún autor que sea el legislador el que fije una cantidad acorde con las características referidas o bien que se reconduzca la restauración hacia el daño causado a la sociedad a través de sanciones como la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad¹¹⁴, obviando, a mi entender, el proceso de mediación¹¹⁵.

Dentro del ámbito de las *garantías procesales* las deficiencias se han detectado en relación con la *tutela judicial efectiva*, la presunción de inocencia y la asistencia de letrado. Lo primero porque al emplearse la mediación como una alternativa al procedimiento penal, a través de la *diversion*, se pone en cuestión el derecho, constitucionalmente garantizado en los Estados Unidos, a ser juzgado por un jurado¹¹⁶. Ahora bien, en tanto subsiste la posibilidad de acudir a juicio, incluso cuando ya se ha formalizado el acuerdo de restitución, no hay transgresión de la séptima enmienda¹¹⁷. Conviene advertir a este respecto que se parte de que los sujetos participan voluntariamente en el programa¹¹⁸.

Por otra parte, los procesos de *diversion* se encuentran sometidos al control judicial. Son los jueces y Tribunales los que resuelven sobreseer el procedimiento y "desviar" al sujeto a un proceso alternativo.

El peligro, más bien, parece radicar en una falta de información al autor de los hechos, el cual, ante la incertidumbre de un juicio y el temor de una posible pena de prisión, opta por la mediación sin llegar siquiera a conocer las bases probatorias que po-

¹⁰⁶ Cfr. Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for...", cit., *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 77.

¹⁰⁷ En definitiva, cuando la restitución es dineraria la diferencia con la multa radica en el destinatario del pago: en un caso la víctima del delito, y en otro, el Estado (Larrauri Pijoán, E.: "La reparación"..., *ob. cit.*, págs. 178 y 179, nota 14).

¹⁰⁸ Esta ha sido la solución adoptada en el Proyecto Alternativo alemán de Reparación, en su § 2, que se ha plasmado más tarde en el § 46, a) del StGB, introducido a través de la *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)*, de 28 de octubre de 1994.

¹⁰⁹ Algunos estudios en los Estados Unidos han puesto de manifiesto que la mayoría de los participantes en estos programas son de raza blanca, teniendo escasa incidencia entre la población de raza negra y los latinos. El dato se pone de relieve pues el resultado se invierte cuando se examina la población carcelaria. En todo caso, la conclusión es controvertida, ya que se aduce que los programas en que esto ocurre se debe a que precisamente en estas zonas el componente racial es de mayoría (vid. Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1284 y 1285).

¹¹⁰ Vid. Ashworth, A.: "Some doubts...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, pág. 290.

¹¹¹ En este sentido, Van Ness, D.W.: "New wine and...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 270 y 271, advierte que todo es una cuestión de fines, por ello, como la justicia restauradora tiene por finalidad restaurar a la víctima en la situación previa al delito, la consideración de otras variables funcionará exclusivamente como límite para aquel otro fin principal

¹¹² Entre otros, Larrauri Pijoán, E.: "La reparación" *ob. cit.*, pág. 178, Silva Sanchez, J.M.: "Sobre la relevancia", cit., *Poder Judicial*, 3ª época, nº 45, 1997, pág. 197.

¹¹³ Ashworth, A.: "Some doubts...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 285 y 286; Barnett, R.E.: "Restitution a new paradigm...", *ob. cit.*, págs. 376 y ss.

¹¹⁴ Van Ness, D.W.: "New wine and...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 262 y 263.

¹¹⁵ Las experiencias, sin embargo, de algunos programas desarrollados en Estados Unidos muestran que la mediación sigue realizándose aún para estos casos. La idea es que ante la ausencia de una víctima concreta, su lugar sea ocupado por uno o varios representantes de la comunidad vecinal donde el delito se ha cometido (vid. a este respecto el análisis de los resultados del programa del Condado de Polk, Iowa, recogidos por Gay, F./Quinn, T.J.: "Restorative justice and prosecution in the twenty-first century", en *The Prosecutor*, 30, septiembre-octubre 1996, págs. 21 y 22).

¹¹⁶ Weinstein, J.B.: "Some benefits...", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, pág. 246.

¹¹⁷ Kerbeshian, L.A.: "ADR...", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, págs. 418 y 419.

¹¹⁸ Aun cuando, como se verá más adelante, esta característica se encuentra discutida por los autores.

drían sustentar su acusación¹¹⁹, ya que cuando se recaba su consentimiento no cuenta con el *asesoramiento de un abogado*. Situación que se reproduce durante el propio proceso de mediación, pues se teme que la intervención de un abogado dificulte o perturbe de algún modo la adopción de un acuerdo de reparación¹²⁰.

La razón se halla en la propia idea de restauración que inspira a esta clase de mediación, y es que ésta, al igual que el resto de ADR, pretende una reconciliación de los intereses subyacentes de las partes antes que determinar a quien corresponde el derecho o quien tiene una mejor posición jurídica. Lo esencial es el restablecimiento de las relaciones interpersonales dañadas por el delito. Hay un cambio de perspectiva respecto del sistema judicial. A diferencia de lo que ocurre en éste, no se trata de enfrentar las posiciones y decidir en favor de una ellas, sino de conseguir conciliar los distintos intereses en una solución de compromiso¹²¹.

El problema radica en que la participación en la mediación puede llegar a suponer para el autor del hecho delictivo un verdadero *critical stage*¹²², en cuanto que lo declarado en el proceso de mediación puede afectar negativamente a su defensa en un ulterior juicio. Ello es así, porque la práctica totalidad de los programas de mediación exigen una previa declaración de culpabilidad del sujeto en el sentido de que sólo tras el reconocimiento de su responsabilidad por el hecho realizado puede asumir el compromiso de reparar a la víctima. Téngase en cuenta que, en ningún caso, la asunción de culpas puede ser objeto de negociación o discusión.

Asimismo, la exigencia de esta previa declaración pone en cuestión la propia *presunción de inocencia*¹²³. Ahora bien, si se considera que ésta es una manifestación del más amplio derecho a la defensa¹²⁴, entonces debe rechazarse que exista vulne-

ración de la presunción de inocencia cuando se acepta voluntariamente participar en el proceso de mediación. Ello, claro está, siempre que se garantice una información completa al individuo sobre cuáles sean las consecuencias de aquella declaración. De aquí la importancia de contar con el asesoramiento legal tanto respecto de la decisión de participar como respecto de la de formalizar el acuerdo de reparación. Precisamente, en este último caso, dicho asesoramiento permite contrarrestar un eventual exceso de poder de la víctima¹²⁵. Piénsese que es ésta, en definitiva, la que tiene en sus manos la posibilidad de que el ofensor sea procesado o condenado a prisión, según los supuestos.

Por otra parte, tampoco se ofrecen garantías de que la información proporcionada durante la mediación no será empleada en un ulterior proceso penal, pues no se impone ningún deber de reserva sobre ella ni se impide a los jueces, fiscales o jurado tener acceso a la misma¹²⁶. La confidencialidad en la mediación es algo que debería quedar garantizado. De nuevo se advierte la necesidad de contar con el asesoramiento de un abogado.

A todo ello se une que la *voluntariedad* es un punto sumamente controvertido en los procesos de mediación. Ambos, el autor de los hechos y la víctima tienen que manifestar su consentimiento en favor de la mediación. La falta de información acerca de lo que puede ocurrir en un procedimiento penal, por una parte, y la ausencia de confidencialidad en el proceso de mediación, por otra, pueden provocar lo que se ha dado en llamar el *"dilema de la víctima y el ofensor"*¹²⁷. Para el autor de los hechos, porque la mediación representa el medio de evitar la privación de libertad, en unos casos, o el proceso penal, en otros. En este sentido, se resalta que no importa tanto el que finalmente se llegue a formalizar un acuerdo de reparación con la víctima, sino que es el sólo hecho de consentir en la mediación lo que puede tener una influencia positiva en las autoridades y órganos judiciales o penitenciarios en el momento de decidir sobre la *probation* o la libertad condicional. Todavía resulta más dudoso cuando la mediación se convierte en una condición de la *probation*¹²⁸. Ciertamente que el individuo siempre puede declinar tomar parte en aquélla, pero es evidente que ante tales consecuencias se sentirá presionado fuertemente a no hacerlo¹²⁹. Sin embargo, a juicio de los defensores del Proyecto Alternativo de Reparación esta presión no es suficiente motivo para eliminar la autonomía de decisión respecto de la

¹¹⁹ Esto es lo que Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1266 y ss., denomina significativamente el "dilema de la víctima y el delincuente". Ambos sujetos se ven abocados, en definitiva, a participar en los programas de mediación, pues se les da a entender de alguna forma que su negativa puede traer consecuencias perjudiciales en un futuro procedimiento penal.

¹²⁰ Guill, T.U.: "A framework...", cit., *Tulane Law Review*, 71, 1997, pág. 1330, citando a Rice, P.: "Mediation and Arbitration as a civil alternative to the criminal justice system. An overview and legal analysis", en *Emory University Law Review*, 29, 1979, pág. 65. En el mismo sentido, vid. Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1289.

¹²¹ Vid. sobre esta idea, Kovach, K.K.: *ob. cit.*, págs. 4 y ss.; Riskin, L.L./Westbrook, J.E.: *ob. cit.*, págs. 8 y ss.

¹²² De acuerdo con la definición ofrecida por el Tribunal Supremo en el caso *United States v. Wade*, 388, U.S., 218, 1967, pág. 228, la situación crítica se produce en cualquier momento antes o durante el juicio, en el que la ausencia de asesoramiento jurídico podría conculcar el derecho a un juicio justo.

¹²³ En este sentido, Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1271, nota nº 88, págs. 1285 y 1286; Guill, T.U.: "A framework for...", cit., *Tulane Law Review*, 71, 1997, págs. 1329 y 1330. Claro está que la presunción de inocencia sólo se pone en cuestión cuando la mediación tiene lugar antes de la condena, esto es, como un proceso de *diversion*.

¹²⁴ Esta es la idea que recoge Larraun Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, pág. 185, nota 28, siguiendo a Pérez Sanzberrog *Reparación y Conciliación. Autor y Víctima*, Bilbao, 1996, tesis doctoral inédita, págs. 503 y 504. La idea se reitera con el ejemplo de la conformidad en el proceso penal español. Con semejante fundamentación se recoge la declaración de culpabilidad en el Proyecto Alternativo alemán de Reparación, en el que además se trata de garantizar el derecho de defensa instituyendo el control judicial (vid., *Alternativ-Entwurf Wieder-*

gutmachung (AE-WGM). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München, 1992, págs. 34 y 35

¹²⁵ En otras ocasiones, los trabajos empíricos demuestran que la víctima se siente presionada a adoptar un acuerdo de mediación, pues esta disposición será bien vista por el Tribunal a la hora de otorgarle la restitución.

¹²⁶ Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1288 y ss.

¹²⁷ La expresión es empleada por Brown, J.G.: "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, págs. 1266 y ss.

¹²⁸ Así lo han reconocido sus propios partidarios, vid. Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for...", cit., *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 84.

¹²⁹ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", cit., *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1489, nota nº 78, Brown, J.G. "The use of...", cit., *Emory Law Journal*, 43, 1994, pag 1268

reparación, sino que contribuye a fomentar su eficacia preventiva¹³⁰.

Para la víctima, porque ésta se sentirá igualmente presionada a participar. Su oposición también suele ser negativamente percibida por los jueces a la hora de decidir sobre la reparación. Téngase en cuenta, además, que en el sistema norteamericano la responsabilidad civil que pueda derivarse del hecho delictivo no puede sustanciarse en el mismo procedimiento penal. Ello hace que la mediación sea vista como un medio más rápido para alcanzar la reparación¹³¹.

Queda, en fin, por mencionar dentro de estas objeciones de carácter constitucional el posible quebrantamiento del principio de división de poderes¹³². De acuerdo con el artículo 3 de la Constitución norteamericana, para garantizar la imparcialidad y equilibrio de fuerzas en el proceso penal debe mantenerse la separación de poderes, esto es, el fiscal se encargará de formular la acusación, mientras al juez o Tribunal le corresponde hacer justicia, estructurar el procedimiento para que se llegue a determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto. Si como ocurre en los programas de mediación que operan como procesos de *diversion*, y por tanto, como alternativas al procedimiento penal, la declaración de culpabilidad es uno de los requisitos de admisibilidad en el programa, resulta que dicha declaración acaba quedando en manos de la fiscalía que promueve el programa, sustrayéndose con ello al poder judicial. La cuestión, se aduce, no es tanto dónde se toma la decisión, sino si ésta es o no vinculante para el Tribunal¹³³. Lo que no parece ser el caso, puesto que siempre queda abierta la posibilidad de acudir a juicio. Un problema diverso es, sin embargo, que dicha declaración de culpabilidad sea después utilizada en el procedimiento penal. Es por ello que resultaría deseable que las informaciones vertidas en el proceso de mediación se encontraran protegidas por un deber de reserva, que impidiera su uso en un proceso penal posterior.

3. EL FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DE LA MEDIACIÓN DELINCUENTE-VÍCTIMA: LA IDEA DE LA RESTORATIVE JUSTICE Y LA REPARACIÓN

La *restorative justice* supone un cambio de filosofía en la visión del delito y de su castigo. Se de-

nomina "restauradora", porque trata de promover la restauración de la situación anterior al hecho delictivo. Sus notas características han sido expuestas por Zehr¹³⁴, contrastando lo que este sistema significa frente a la tradicional concepción de la justicia distributiva. Si para esta última el delito se caracteriza por la transgresión de la ley establecida por el Estado, en cambio, para la aproximación "restauradora" se concentra en el daño infligido, en primer término, a la víctima, y en una amenaza para la paz social y la seguridad pública. El énfasis se pone en el daño, en la alteración de relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente dentro del contexto social.

Paralelamente, la respuesta al delito se dirige a la disminución de estos daños, o lo que es lo mismo, a la reparación a la víctima y al restablecimiento de los intereses públicos afectados. A mayor abundamiento, si para la justicia distributiva lo relevante es la atribución de culpabilidad al sujeto, para la restauradora lo es el reconocimiento de la responsabilidad y obligaciones hacia la víctima que ha generado el hecho delictivo. El autor tiene la oportunidad de "hacer las cosas bien", asumiendo la deuda contraída por la comisión del delito y de responsabilizarse por ella ante la víctima. De este modo, al tomar parte activa en el restablecimiento del equilibrio, alterado por el hecho delictivo, se está favoreciendo su reconciliación con la víctima, haciendo posible a la par su reintegración en la sociedad. De una parte, el enfrentamiento del delincuente con el sufrimiento de la víctima le hace tomar conciencia de los daños ocasionados con su actuación delictiva, lo que representa el primer paso hacia la rehabilitación. Por otra parte, la confrontación también tiene un efecto positivo para la víctima, ya que facilita su proceso de sanación, eliminando los temores hacia una futura victimización. Ambos aspectos contribuyen, en último término, a la prevención del delito¹³⁵.

Este enfoque ha sido criticado por su aproximación a lo ético o sociológico¹³⁶, aspectos que quedan, sin embargo, fuera del mundo de lo jurídico. En este sentido, se afirma que no es tarea del Derecho penal resolver el conflicto humano que se genera con el delito¹³⁷. Lo cierto es que esta nueva perspectiva implica un replanteamiento de los fines del Derecho penal. En este sentido, las raíces de la *justicia restauradora* se buscan, según algu-

¹³⁰ *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*, München, 1992, págs. 40 y ss., en cuya fundamentación se evidencia que semejante situación se repite respecto de otras instituciones, en las que a pesar de ello la voluntariedad no se cuestiona como ocurre, por ejemplo, con la terminación del procedimiento para el caso de los drogodependientes que se someten a tratamiento deshabitador (§ 37 BtMG).

¹³¹ En este sentido, Brown, J.G., "The use of ...", *Emory Law Journal*, 43, 1994, pág. 1266, también advierte que la presión puede ser incluso moral y psicológica, pues la retórica del programa puede inducirle a sentirse culpable de no dar esa oportunidad al ofensor para rehabilitarse.

¹³² Guill, T.U.: "A framework for...", cit., en *Tulane Law Review*, 71, 1997, págs. 1330 y 1331.

¹³³ En este sentido, Kerbeshian, L.A., "ADR", cit., *North Dakota Law Review*, 70, 1994, pág. 419, nota 318, recoge jurisprudencia en la que se invalida la decisión vinculante en la que participa un lego (*Dibernardino v. Dibernardino*, 568, A.2d 431, 437, Connecticut, 1990).

¹³⁴ Zehr, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Pennsylvania, 1990, especialmente págs. 184, 185, 202, 211 a 214.

¹³⁵ Vid., entre otros, Van Ness, D.W.: "New Wine and ...", cit., *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 254 y ss.; Joseph, K.L.: "Victim-offender", cit., *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 11, 1996, págs. 216 y 217.

¹³⁶ Así se reconoce en la Declaración de Lovaina sobre la conveniencia de promover la aproximación restauradora a la delincuencia juvenil, hecha con ocasión de la Primera Conferencia Internacional sobre la "Justicia restauradora para los jóvenes. Potencialidades, riesgos y problemas para la investigación", Lovaina, 12 al 14 de mayo de 1997, punto 4; Apéndice recogido por Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for ...", cit., *Regent University Law Review*, 10, 1998, pág. 107.

¹³⁷ Lampe, E.J.: "Wiedergutmachung ...", cit., *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 11, 1993, págs. 487 y 488; Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", cit., *Poder Judicial*, 45, 1997, pág. 188.

nos¹³⁸, en el movimiento de la reparación, mientras para otros se encuentran en la idea de merecimiento asociada a la teoría norteamericana del "just desert"¹³⁹. Para esta última lo esencial es que "cada persona sea tratada de acuerdo con lo que es su merecido"¹⁴⁰. Pues bien, cuando este retribucionismo bajo la idea de merecimiento se predica no de las acciones del ofensor, sino respecto de la víctima, entonces estamos ante la teoría de la *restorative justice*. A mayor abundamiento, si a cada persona hay que darle su merecido, si es que esto puede llegar a calibrarse, lo que merece la víctima es que se le restablezcan sus derechos y se le restituya a la situación anterior a la comisión del delito.

El movimiento de la reparación, por su parte, hizo pensar en las finalidades que ésta podía desarrollar dentro del Derecho penal. Surgen, así, dos grandes posiciones. Por un lado, la *corriente abolicionista*¹⁴¹, representada por los defensores de una teoría pura de la justicia restauradora. De acuerdo con ella, la reparación es una alternativa al sistema formalizado de justicia penal. Lo importante no es la consecución de fines de prevención general o especial, tradicionalmente asignados a la pena, y por tanto, al Derecho penal, sino satisfacer las necesidades y derechos de la víctima, compensarla por el daño sufrido. De modo que son los derechos de la víctima los que marcan la naturaleza y los límites de la responsabilidad criminal¹⁴². En consecuencia, al estimarse el derecho de compensación como de pertenencia de la víctima, se admite la posibilidad de delegación, subrogación por compañías de seguros, arbitraje como sustitutivo del *plea bargaining*, etc.

Esta postura doctrinal busca su legitimación en una particular interpretación de la evolución histórica que llevó a la separación entre el Derecho penal y el civil¹⁴³, y que acaba por reivindicar la devolución del conflicto a su verdadero protagonista: la víctima. Asimismo, se reconoce abiertamente¹⁴⁴ la estrecha relación que existe entre esta concepción restauradora y las formas de justicia primitivas, sobre todo,

en lo que atañe a la preocupación por la dimensión afectiva del hecho delictivo y por la reconciliación entre el autor y la víctima. La idea es que la respuesta "natural" frente al hecho delictivo, por ser la más frecuente en los diversos momentos históricos y culturas, ha sido requerir del ofensor una reparación o satisfacción para la víctima, bien bajo la forma de venganza individual o colectiva o bien bajo la forma de composición¹⁴⁵. El nacimiento del interés público en la persecución y castigo del delito, y con ello, del monopolio estatal en el ejercicio del *ius puniendi* es consecuencia de un proceso¹⁴⁶ en el que se pretende la consolidación y fortalecimiento del poder del monarca¹⁴⁷. De modo que la existencia de un interés público en la represión del hecho delictivo no es más que una ficción que sirve de justificación para la apropiación por el monarca de la compensación que antes, por ser un asunto privado, era destinada a la víctima¹⁴⁸. La ficción reside, pues, en que la víctima ha sido llevada a creer que sus intereses serían mejor defendidos a través y por la actividad del Estado, al igual que había sucedido en las culturas primitivas. La realidad, sin embargo, es otra: el nuevo orden social no resulta en modo alguno apropiado para la identificación tribal del individuo con el grupo, y para, por tanto, recibir, al menos, ciertas compensaciones psicológicas por su pertenencia al grupo¹⁴⁹.

Desde este punto de vista no resulta extraño que se propugne la abolición del Derecho penal y su absorción por el derecho privado¹⁵⁰. Esta interpretación no es, sin embargo, del todo exacta, ya que el presupuesto del que se parte es equivocado. En efecto, las investigaciones históricas también han evidenciado que en las culturas primitivas, junto a las ofensas privadas existían ofensas públicas, esto es, ofensas que afectaban al orden público o colectivo y cuyo castigo era asimismo un asunto que concernía a la acción pública¹⁵¹. Se rechaza, por

¹⁴⁵ Vid. sobre este particular, Boldt, R.C. "Criminal Law... cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 980 y ss.

¹⁴⁶ Este proceso es descrito detalladamente por Boldt, R.C. "Criminal Law..., cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 982 y ss. Se inicia con la aparición de la figura de la composición y con el establecimiento de unas reglas para su determinación, de las que se destaca la primacía de las consecuencias del hecho sobre la culpabilidad del sujeto. La segunda fase se caracteriza por el surgimiento de una figura central con autoridad, encargada de velar por el cumplimiento de las reglas, iniciándose así un proceso en el que el interés de la víctima fue paulatinamente sustituido por el de la institución mediadora. Con el incremento de su poder soberano acabó absorbiendo como parte del pago de la composición la cantidad total. Es de aquí de donde nació un nuevo interés "público" en la represión de la comisión de delitos.

¹⁴⁷ Cfr. Brown, J.G.: "The use of...", *cit.*, *Emory Law Journal* 43, 1994, pág. 1254, nota 22.

¹⁴⁸ En particular, el momento histórico se sitúa en el reinado de William el Conquistador y su hijo Henry I de Inglaterra, cuando los autores de crímenes eran multados por los Tribunales del rey, en vez de ser requeridos a pagar una restitución a las autoridades del pueblo (vid. Gay, F./Quinn, T.J.: "Restorative justice...", *cit.*, *The Prosecutor*, 30 de octubre de 1996, pág. 16).

¹⁴⁹ Boldt, R.C.: "Criminal Law..., cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, pág. 984.

¹⁵⁰ Los torts son ilícitos civiles próximos al Derecho penal. Para su diferenciación, vid. Lafave, W.R./Austin, W.S., Jr. "Handbook on Criminal Law", St. Paul, Minnesota, 1972, págs. 10 y ss.

¹⁵¹ Los datos los proporciona nuevamente Boldt, R.C. "Criminal Law..., cit.", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 1986, págs. 986 y ss.

¹³⁸ Bakker, M.W.: "Repairing the breach...", *cit.*, *North Carolina Law Review*, 72, 1994, pág. 1515.

¹³⁹ Esta es la nueva formulación de la teoría retributiva que aparece en los años setenta bajo el nombre de la "deserts theory", vid. sobre el particular, Hospers, J.: "Retribution: the ethics of punishment", en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard, 1977, págs. 182 y ss.

¹⁴⁰ Para una crítica a esta teoría, vid. Kaufmann, W.: "Retribution and the ethics of punishment", en *Assessing the criminal: restitution, retribution and the legal process*, Harvard University, 1977, págs. 224 y ss., en donde se evalúa la posibilidad de una determinación exacta de lo que es merecido.

¹⁴¹ Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm...", *ob. cit.*, pág. 367; Zehr, H.: *ob. cit.*

¹⁴² Barnett, R.E.: "Restitution. a new paradigm...", *ob. cit.*, pág. 366.

¹⁴³ En este sentido, es opinión común que se atribuye al Estado el monopolio del *ius puniendi* para resolver el conflicto generado por el delito a un menor coste que el derivado de la venganza privada, por lo que a partir de ese momento comienza un proceso de neutralización de la víctima y de "despersonalización" del procedimiento penal (cfr. García Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento...", *cit.*, *La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, pág. 290; Landrove Díaz, G.: *La Moderna Victimología*, Valencia, 1998, págs. 20 y ss, Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, 45, 1997, págs. 188 y 190, Larrauri Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, pág. 187).

¹⁴⁴ Van Ness, D.W./Nolan, P.: "Legislating for cit.", *Regent University Law Review*, 10, 1998, págs. 54 y 55.

tanto, la idea de que en las sociedades prefeudales no había todavía una distinción entre lo ilícito penal y lo civil, o que la reparación era la única respuesta frente al conflicto.

Desde otra *posición más moderada*¹⁵² se atribuye, en cambio, a la reparación el carácter de sanción penal, y no simplemente de alternativa al sistema penal. Se le reconoce, por tanto, naturaleza punitiva, incluyéndose entre el sistema de penas en cuanto que sirve a la consecución de los fines de prevención perseguidos por el Derecho penal. En este sentido, se dice que la reparación es la institución que permite aglutinar diversas finalidades: la llamada *retribución específica* al recoger el sentimiento de venganza de la concreta víctima; la *retribución general*¹⁵³ o, lo que es lo mismo, la expresión del sentido ético de la comunidad y de orden legal; y, en fin, la *prevención especial como rehabilitación* del delincuente a través de la asunción de responsabilidad por el hecho delictivo realizado. A ello podría añadirse el efecto de *prevención general positiva*¹⁵⁴ en cuanto que la reparación contribuye al restablecimiento de la paz jurídica y la confianza en el Derecho. No sólo se constata el cumplimiento del Derecho sino que además se logra tranquilizar la conciencia jurídica general al saberse resuelto el conflicto criminal de manera satisfactoria para la víctima¹⁵⁵. Esta ha sido la idea que ha barajado un sector de la doctrina alemana para defender la inclusión de la reparación en el sistema de Derecho penal como una sanción independiente, una tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad¹⁵⁶. La

¹⁵² Schafer, S.: *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, 20 ed., 1970, págs. 119 y ss.; Galaway, B.: "Restitution as an integrative punishment", en Barnett, R.E./Hagel, J. (ed): *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, pág. 340; Van Ness, D.W.: "New wine and...", *cit.*, *Criminal Law Forum*, 4, 1993, págs. 262 y ss.

¹⁵³ Ambas expresiones son empleadas por Schafer, S.: *ob. cit.*, pág. 120.

¹⁵⁴ En este sentido se manifiestan los defensores del Proyecto alternativo de Reparación, vid. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtler*, München, 1972, págs. 26 y 27.

¹⁵⁵ Desde un punto de vista práctico, en cambio, se ha objetado por Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm...", *ob. cit.*, pág. 376, que a quien no se restituye es a la sociedad por el daño que el delito ha provocado (quebrantamiento de la paz social y del orden jurídico), lo que convertiría a la reparación en una manifestación de la debilidad del sistema, más que en un medio de reforzamiento de éste.

¹⁵⁶ No puede catalogarse de pena, pues no supone una intervención forzosa en los derechos del autor, sino que, por el contrario, consiste en una prestación voluntaria. Tampoco entra propiamente en la categoría de las medidas de seguridad, pues no se orienta directamente a la prevención especial. Pero sí sirve a la consecución de los fines del Derecho penal, en particular, a la reinserción del delincuente y a la prevención general positiva (vid. al respecto, Roxin, C.: "Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht", en Eser, A./Kaiser, G./Madlener, K. (ed.): *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.*, Band 18, Freiburg, 1990, pág. 370) Su legitimación como tercera vía del Derecho penal se encuentra en el principio de subsidiariedad (cfr. Roxin, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München, 1992, págs. 17 y 47) En contra de la naturaleza penal de la reparación, aunque admitiendo su relevancia para la determinación de la pena Hirsch, H.J.: "La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 42, 1990, págs. 567 y 568; Del mismo: *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, band.

doctrina española que se ha manifestado a favor de una reparación de naturaleza penal también ha destacado su idoneidad para la consecución de los fines preventivos del Derecho penal¹⁵⁷.

Considero que ésta es la orientación correcta si es que se quiere dotar a la reparación de naturaleza penal, teniendo en cuenta, claro está, que en este caso, su fundamento tendrá que ir más allá del daño causado e incluir los aspectos relativos al grado de culpabilidad del sujeto –dolo, imprudencia–, y en cuanto adopte forma dineraria¹⁵⁸, a su capacidad económica¹⁵⁹. De esta forma se consigue no sólo superar algunas objeciones relativas a la ausencia de daño en los delitos de peligro o en la tentativa de delito¹⁶⁰, sino además explicar la diferencia con la reparación civil del daño. En efecto, al participar del fin de prevención general propio del Derecho penal se debilita el carácter resarcitorio propio del Derecho privado, de modo que lo esencial para la reparación penal, a diferencia de lo que ocurre en la civil, no es el efectivo resarcimiento del daño, sino más bien el esfuerzo personal dirigido a restablecer el Derecho vulnerado¹⁶¹. Esta idea explica el que,

102, 1990, págs. 540 y ss.; críticamente con el efecto integrador atribuido a la reparación Lampe, E.J.: "Wiedergutmachung als...", *cit.*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 11, 1993, pág. 488

¹⁵⁷ A favor de introducir la reparación como sanción penal, Quintero Olivares, G.: "La reparación del...", *cit.*, *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 594 y ss.; García-Pablos de Molina, A.: "El redescubrimiento", *cit.*, *La Victimología Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1993, págs. 311 y 312; Larrauri Pijoán, E.: "La reparación...", *ob. cit.*, págs. 177 a 180; limitando su uso sólo para los delitos de poca gravedad, Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 198 y ss.; En contra de la naturaleza penal de la reparación, Gracia Martín, L.: "El sistema de las...", *ob. cit.*, págs. 42 y 43; Mapelli Caffarena, B./Terradillos Basoco, J.: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 30 ed., Madrid, 1996, págs. 236 y 237; admitiendo su relevancia en la medición de la pena, pero negando su carácter penal, Mir Puig, S.: *Derecho Penal, Parte General*, 40 ed., Barcelona, 1996, págs. 13 y 14; Tamarit Sumalla, J.M.: *La Reparación a la Víctima en el Derecho Penal (Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Político-Criminales)*, Barcelona, 1994, págs. 184 a 188

¹⁵⁸ Siguiendo a Galaway, B.: "Restitution as...", *ob. cit.*, págs. 331 y ss., la reparación puede adoptar alguna de estas formas: a) *Una cantidad dineraria dirigida directamente a la víctima* Este es el supuesto más corriente, ligado normalmente a la probation como una condición más; b) *Una cantidad dineraria dirigida a organizaciones de carácter social como las de beneficencia* Esta forma de reparación se produce cuando la víctima concreta no ha sido localizada o bien no quiere participar en la mediación o, en fin, no hay daños que reparar porque se trate, por ejemplo, de uno de los llamados "delitos sin víctima"; c) *Prestaciones en favor de la víctima*. Esta puede ser una opción cuando la capacidad económica del individuo le impide resarcir a la víctima de esa manera o cuando la naturaleza del daño, permita una reparación en especie; d) *Prestaciones en favor de la comunidad* El ejemplo más cercano se encuentra en el programa de *Community service orders* de Gran Bretaña, introducido como resultado del informe del Baroness Wootton en 1970. Al dirigirse a la comunidad y no al ciudadano particular afectado por el delito, el carácter público del Derecho penal se reafirma (sobre este último aspecto, vid. Zedner, L.: "England. National Report", en Eser, A./Walther, S.: *Reparation in Criminal Law International Perspectives*, vol. 1, Freiburg im Breisgau, 1996, pág. 181)

¹⁵⁹ En el mismo sentido, Larrauri Pijoán, E.: "La reparación"...*ob. cit.*, pág. 177; Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, pág. 197.

¹⁶⁰ Teóricamente, según la teoría restauradora no puede haber responsabilidad criminal si no hay daño o no hay víctima, como por ejemplo ocurre en los llamados "delitos sin víctima": prostitución, juegos ilícitos, pornografía, consumo de drogas, etc. (vid., Barnett, R.E.: "Restitution: a new paradigm" *ob. cit.*, págs. 376 y 382).

¹⁶¹ Vid. Silva Sánchez, J.M.: "Sobre la relevancia...", *cit.*, *Poder Judicial*, nº 45, 1997, págs. 197 y 198.

por ejemplo, el parágrafo 46, a) del StGB permita una atenuación de la pena cuando se pretenda seriamente la compensación del daño a la víctima, aun cuando no se haya alcanzado de manera efectiva.

En cualquier caso, no se pueden desconocer las dificultades teórico-prácticas que presenta la reparación, sobre todo, cuando es consecuencia de un proceso de mediación autor-víctima. Me refiero no sólo a los problemas inherentes al concepto de daño reparable¹⁶², a los que presenta el principio de proporcionalidad¹⁶³ o incluso el propio concepto de víctima. Así, en California se encuentra en discusión la amplitud de este último concepto. En particular, se trata de determinar si una compañía de seguros que ha indemnizado al sujeto pasivo del delito puede entrar dentro de la categoría de "víctima directa"¹⁶⁴ a la que alude la sección 1202.4 del Código penal de este Estado, y reclamar, en consecuencia la restitución¹⁶⁵.

El problema se suscita en el caso *People versus Sexton*¹⁶⁶, en el que la compañía aseguradora del automóvil, que había sido robado por los dos acusados, solicita, después de reembolsar a la víctima los daños causados al vehículo, la restitución que conforme al Código penal de California corresponde a todos los que sufren daños materiales como consecuencia de un hecho delictivo. El Tribunal de Apelación, sin embargo, rechaza tal petición, ya que entiende que la obligación de indemnizar a la víctima, asumida por el contrato de seguro, no puede verse como un objeto directo del delito, por lo que la compañía no puede calificarse de "víctima directa" del delito, tal y como exige la sección 1202.4, f).

Las decisiones posteriores¹⁶⁷ del Tribunal de Apelación de California no se han mantenido, sin embargo, en esta línea argumentativa y, en consecuencia, han acabado reconociendo el derecho a la restitución de las compañías aseguradoras, aduciendo que con el pago se producía una especie de subrogación en la posición de la víctima y, por tan-

to, en su derecho a la restitución. La confusión ha aumentado cuando el Tribunal Supremo de California ha ordenado borrar estas últimas resoluciones judiciales de los correspondientes repertorios jurisprudenciales, lo que impide su consideración como precedentes.

Parece que esta falta de uniformidad jurisprudencial se ha debido a un cambio legislativo que ha incidido sobre la finalidad asignada a la restitución¹⁶⁸. Antes de 1994 en el Estado de California existían dos Códigos diferentes que se referían a la restitución penal. Uno, el Código penal del Estado, aplicaba la restitución como condición de la *probation*, que se encaminaba, por tanto, a conseguir la rehabilitación del condenado. El otro, el *Government Code*, fijaba multas reparatoras cuando los Tribunales denegaban la *probation*, pues la idea era compensar a la víctima real por las pérdidas sufridas. Esta distinta configuración de la restitución daba lugar a un concepto también diverso de víctima. De modo que se producía el absurdo de que mientras las compañías aseguradoras no eran consideradas víctimas (directas) para obtener una multa reparatora cuando la *probation* era denegada por el Tribunal, sí que eran víctimas (perjudicados), en cambio, para recibir la restitución como condición de la *probation* cuando ésta era acordada por el Tribunal. Es, por ello, que el 28 de septiembre de 1994 se introduce una modificación legislativa por la que se remite la regulación de la restitución para ambos textos legales a la sección 1202.4 del Código penal de California, reconociendo de manera expresa el efecto rehabilitador y de prevención del crimen que se persigue con la restitución. El problema entonces radicaba en que la nueva sección, aunque se refería expresamente a la posibilidad de aplicar la restitución a empresas, corporaciones, asociaciones, etc., lo condicionaba a que dichas entidades fuesen *víctimas directas*.

Entiendo que, aun cuando la finalidad de la restitución sea la de la rehabilitación del condenado, las compañías de seguros no deben entrar dentro de la categoría de víctimas directas a estos efectos, pues, en otro caso, pienso que se desvirtuaría el sentido del contrato de seguro. Dicho de otra manera, los "daños" de la compañía aseguradora ya están cubiertos por las primas del seguro pagadas por el sujeto pasivo del delito.

Por otra parte, es claro que si la restitución persigue la rehabilitación del condenado, ésta no puede depender de algo tan aleatorio como que el sujeto pasivo del delito se encuentre asegurado. De modo que podría para estos casos, de manera semejante a como ocurre con los supuestos de ausencia de daño, establecerse un fondo de restitución al que se destinaría la restitución. Aunque, entonces tampoco habría mucha diferencia con la pena de multa.

Con ello se ha querido ofrecer una visión rápida de los problemas que suscita la aplicación de la mediación como alternativa a la tradicional pena de

¹⁶² En este sentido se discute si por daño reparable sólo debe entenderse el daño material sobre las personas o cosas, o también ha de incluirse el daño moral, o en fin, desde otra perspectiva equipararse a la afectación del bien jurídico protegido. En la Ley 35/1995 el daño compensable es únicamente el material sobre las personas: muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud física y mental (art. 1.1)

¹⁶³ Recuérdese sobre este punto lo dicho al tratar del principio de igualdad, vid. más arriba, págs. 32 y 33.

¹⁶⁴ La Legislación española (Ley 35/1995) utiliza también esta terminología, considerando como víctima directa "a las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito" (art. 2.2 Ley 35/1995). Esto es a los sujetos pasivos de la acción delictiva acogidos bajo el sistema de ayudas públicas. Así ocurre, por ejemplo en el robo con violencia que recae sobre el dependiente de una tienda. Asimismo, se incluyen como víctimas indirectas a los familiares perjudicados (art. 2.3 Ley 35/1995).

¹⁶⁵ En este sentido la Ley española 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en su artículo 5, establece la incompatibilidad de estas ayudas estatales con la indemnización civil fijada en la sentencia judicial y con la que se derive de un seguro privado o de un subsidio público.

¹⁶⁶ 33 Cal. App. 4th 64, 39 Cal. Rptr. 2d. 242 (1995).

¹⁶⁷ Se trata de los casos *People versus Correia* (36 Cal. App. 4th 1779, 1789-90, 43 Cal. Rptr. 2d. 302, 327, 1995), *People versus Nielsen* (41 Cal. App. 4th 936, 945, 48 Cal. Rptr. 2d. 853, 863, 1996) y *People versus Birkett* (54 Cal. App. 4th 1438, 1445, 63 Cal. Rptr. 2d. 587, 591, 1997).

¹⁶⁸ Vid. sobre el particular Okazaki, N.D.: "Notes and comments. *people v. Sexton: insuring an absurd result through inflexible interpretation - the Court of Appeal denies criminal restitution to a victim's insurance company*", en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31, 1997, págs. 302 y ss

prisión y, por tanto, como una forma distinta de resolver el conflicto surgido con la comisión de un hecho delictivo. Los buenos resultados alcanzados por estos procedimientos, tanto respecto de los fines preventivos del Derecho penal como respecto de la satisfacción de la víctima y de la sociedad, junto a su menor lesividad obligan por aplicación del principio de mínima intervención, al menos, a cuestionar su viabilidad dentro de nuestro sistema penal.

Como se ha tratado de poner de manifiesto, su admisibilidad o no depende de la filosofía sobre la que se asiente la aplicación de la reparación como nueva sanción penal resultado del proceso mediador. En este sentido, se recuerda su entronque con la teoría de la prevención general positiva y con la idea de la justicia restauradora, que implica dotar a la víctima y al delincuente de una mayor participación en el castigo penal.