

ESTUDIOS

La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización

RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL

Magistrado

RESUMEN:

El discurso sobre las alternativas a la resolución de los conflictos está a la orden del día. De su mano se concitan fórmulas diversas y heterogéneas difíciles de resumir en una idea común que no sea la desconfianza hacia el proceso judicial, porque ahí coexisten instituciones diversas desde fórmulas privadas mercantilizadas a intervenciones comunitarias, arbitraje, mediación social y mecanismos de conciliación institucional, incluso de conciliación judicial. La mediación penal que se está desarrollando de manera espontánea y experimental entre nosotros tiene la ventaja de operar en el ámbito del juicio, por lo tanto en el panorama del derecho penal, y se ha desvelado como un mecanismo capaz de alcanzar objetivos propios de proceso ante los que el sistema fracasa con sus propios métodos de intervención.

Sumario: 1. Una experiencia de mediación.–2. La mediación es un contramodelo.–3. La reparación como prioridad.–4. La mediación y el proceso, problemas de adaptación.–5. Razones de un buen modelo

1. UNA EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN

Los responsables de la publicación me piden que describa la experiencia de mediación que desarrollamos un grupo de profesionales en el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid¹. La experimentación se ideó a lo largo del segundo semestre del

¹ Formado con los mediadores Esther Pascual, Julián Carlos Ríos y Alfonso Bibiano, la secretaria judicial Concepción Sáez y las fiscales Teresa Olavarría, Carmen de la Fuente y M.^a Jesús Ramudo, con la colaboración externa de Félix Pantoja, fiscal y vocal del CGPJ, y de Manuel Moix, fiscal jefe del TSJ de Madrid.

año 2005, con el concurso de la Asociación de mediación para la pacificación de conflictos, la Fiscalía de Madrid y el CGPJ y se llevó a cabo durante catorce meses en los dos años siguientes. Se diseñó un modelo flexible que fue evolucionando en función de los resultados y se protocolizó el procedimiento para ordenar el ensayo.

El esquema del trámite de la mediación que diseñamos buscaba la sencillez. Como se trataba de un órgano de enjuiciamiento, la selección de los casos se realizaba cuando ingresaban los asuntos. Se establecieron una serie de criterios sobre las características que deberían reunir los hechos enjuiciados para someterlos a la experiencia. Se excluyeron los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, por la desigualdad entre el autor y el perjudicado, agentes de policía, la dificultad de valorar la prueba, así como la conveniencia de analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza. También fueron dejados de lado los delitos cometidos por funcionarios públicos, sometiéndose a condición los relativos a la libertad sexual, violencia familiar (según el art. 44 de la LO 1/2004 en los casos competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer está vedada la mediación, luego se reduce el margen de actuación a los otros casos de maltrato) y contra la salud pública, delito sin víctima en los que el problema sería el de construir una víctima creíble, por ejemplo por la intervención de colectivos relacionados con la droga. En ese momento una cuestión fundamental era cómo respetar la presunción de inocencia del imputado, al que se invita a reparar y participar en la mediación a partir de la constatación –imposible en esa fase según el método judicial de adquisición de conocimiento en el juicio contradictorio– de que ha cometido un hecho que ha causado un daño a otro y que tiene apariencia de delito.

Especial atención pedían los casos en que no se ha producido un daño material –hurtos frustrados o conductas que no han causado perjuicio o se ha recuperado el botín– para los que cabe recurrir a la reparación simbólica, o los hechos cometidos por imputados pobres o sin recursos, la mayoría de los asuntos que llegaban al Juzgado de lo penal –donde pueden funcionar las prestaciones personales a favor de la víctima o de la comunidad– y aquellos en que el perjudicado es una persona jurídica –un gran almacén, donde podrían explorarse fórmulas como la del compromiso del autor de no acudir al establecimiento durante un cierto tiempo–.

Una vez identificado el asunto se daba traslado al Fiscal, si se mostraba conforme –los criterios se habían pactado– se suspendía el proceso por el plazo de un mes (prorrogable por otro tiempo igual). La providencia se comunicaba a las partes, luego podía ser impugnada por la defensa que no había intervenido en ese consenso. Por medio de carta se informaba al acusado y a la víctima de la decisión, de los objetivos de la mediación, de su contenido y se solicitaba su colaboración siempre voluntaria, que podría modificar en cualquier momento. La misiva pretendía ser informativa, respetuosa con la dignidad de las personas y trataba de responder al perfil de los protagonistas, según se desprendía de los datos recopilados en las diligencias. Una llamada telefónica a los abogados de las partes, que realizaba la secretaria judicial –que se reveló como una pieza fundamental del ensayo–, tenía por finalidad informarles de la ocurrencia procesal, explorar su posición –que puede determinar, por la simple manifestación de su negativa, la finalización del curso de la mediación– y lograr que acompañasen el procedimiento de la mediación de manera activa en defensa de los derechos de los imputados a los que asistían.

A partir de ese momento se iniciaba la fase de mediación estricta. El mediador recibía una copia del expediente, que contenía los documentos necesarios (escritos de conclusiones, declaraciones de los interesados y testigos, informes médicos), así

como los teléfonos y domicilios de las personas concernidas. La intervención del mediador se desarrolla de manera voluntaria, puede rechazar un asunto en ejercicio de su autonomía y no está sujeto a formas concretas, más allá del respeto a la confidencialidad de sus entrevistas, a la libertad y voluntariedad de las partes y a su dignidad. El mediador carece de poder y ha de ganarse la confianza de ambos a la búsqueda de la posibilidad de que se establezca un cauce de diálogo entre ellos, con todo lo que significa el encuentro e intercambio que conocemos como diálogo. Una o varias entrevistas, si fuera posible una conjunta, tendrán lugar, también puede haber fórmulas sustitutivas, excepcionales, como la correspondencia escrita, una suerte de mediación indirecta. Si el acuerdo se produce, se levantará un acta que firmarán todos ellos, en caso contrario se comunica el fracaso. El mediador remite el acta, en su caso, y un informe en el que explica de manera precisa lo hecho y los contenidos del pacto. Recibidos esos dos documentos se reactiva el proceso señalando la fecha para el juicio, se comunican al Fiscal dichas incidencias y los documentos.

En el acto del juicio lo normal será que el acuerdo se articule por medio de una conformidad, en la que puedan expresarse el acusado y su defensa, también la víctima. Aunque si fuera preciso discutir alguna cuestión de hecho o de derecho se deberá entrar en el juicio. La posibilidad de que los dos intervinientes, imputado y ofendido, puedan hablar es fundamental también aquí. Es el reconocimiento del protagonismo que les corresponde en la solución del caso. Además, el diálogo entre ellos se dirige ahora desde el espacio horizontal de la mediación hacia las instituciones del proceso penal, en vertical, hacia el fiscal que actúa la pretensión punitiva del Estado y hacia el juez que ha de establecer la solución justa del caso.

Se plantearán ahora diversas cuestiones, por un lado si el imputado ha cumplido sus compromisos, por otro, cuál ha de ser la respuesta penal, cuál el beneficio que se le debe otorgar en reconocimiento al esfuerzo que ha desplegado. Parece que la atenuante simple del artículo 21.5 CP no siempre permitirá una decisión proporcionada, de ahí la necesidad de servirse de la atenuante cualificada del artículo 66.2 CP que autoriza la rebaja en uno o dos grados de la pena. En nuestra experiencia se ha acudido a esa fórmula de manera frecuente, siempre que la reparación material ha sido acompañada de prestaciones personales o de otro tipo de satisfacción a la víctima de contenido psicológico, apreciable en la recuperación de su tranquilidad o en el logro de la pacificación del conflicto, sugestiva de un esfuerzo especial de parte del autor.

La respuesta deberá evitar, siempre que fuere posible, el ingreso en prisión del acusado –en los delitos menores contra el patrimonio o las personas– mediante la suspensión del cumplimiento de la pena o la sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, no en balde el artículo 88.1 CP menciona como pauta para su aplicación el esfuerzo para reparar el daño causado. La mediación se orienta a la víctima, para lograr su satisfacción, y devuelve el esfuerzo realizado por el autor, en reconocimiento de su conducta positiva, mediante una ventaja o beneficio.

El balance de la experiencia es muy positivo. Se puede afirmar que la mediación humaniza el proceso penal, le pone un rostro a las partes, porque es posible escuchar a los protagonistas del conflicto –¡qué difícil para los penalistas reconocer que hay unos protagonistas privados en el delito, cuyas expectativas y requerimientos no quedan agotados en el restablecimiento del orden y la vigencia de la norma, en la prevención y la retribución!–, se puede atender conjuntamente a las necesidades de las víctimas y a las necesidades de los agresores, tender a un tiempo hacia la reparación del daño y la rehabilitación del infractor, porque la experiencia del diálogo sigue

siendo un banco de pruebas de lo mejor que lleva el ser humano, porque es factible inducir a quienes han hecho sufrir y a los que han sufrido el daño a que actúen en positivo y piensen en hacer el bien, que como decía Nils Christie es algo que en nuestro tiempo suena desfasado o anacrónico.

En el juicio criminal se debate la pequeña historia de los individuos afectados por el delito, por el hecho conflictivo que construimos como tal. La pequeña historia del acusado, de sus desgracias personales, su trayectoria vital y las razones de su comportamiento. En la parte de la víctima cuenta la ansiedad y el miedo que ha provocado el delito, el daño personal y material, el daño que se puede medir o reducir con facilidad a criterios económicos, pero también, mucho más de lo que somos capaces de entender, la angustia por la constatación de su fragilidad y vulnerabilidad, por la pérdida del sentimiento de seguridad, que en nuestro mundo –rotos o deteriorados los lazos de la comunidad y de la familia, en una sociedad que nos aísla en nombre de la libertad– significa conocimiento y constatación de nuestra soledad.

La mediación reparadora realiza los ideales que los grandes procesalistas demócratas depositaron en el juicio como espacio de diálogo que habría de articularse sobre el principio del contradictorio. Principio que se sustenta en «ciertas ideas tan simples que pueden parecer hasta ingenuas», decía Piero Calamandrei, «o sea, que los hombres saben ser razonables, capaces de persuadir con buenas razones y dejarse convencer por las ajenas; que la verdad sólo puede conocerse en su integridad si se observa en sus diversos aspectos, dándole vueltas para descubrir sus tres dimensiones, y que el contradictor no es un enemigo, sino un colaborador, porque con sus objeciones ayuda a descubrir y corregir los errores alimentando la contienda de emulación, que constituye el estímulo y el fermento de todo progreso humano»².

Ha de resaltarse, como se ha dicho, que la mediación que se experimentó no es una alternativa al proceso ni a la judicialización del conflicto. La mediación operaría en el contexto de un proceso abierto –podría imaginarse, si hubiera principio de oportunidad, la posibilidad de evitar el proceso en la fase de investigación– como un medio de alcanzar fines obvios del proceso penal, declarados por el ordenamiento jurídico, que aquel no logra cumplir. Así, en lo que a la víctima se refiere, se podrían identificar tres objetivos: la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de su reiterada llamada como testigo. Además, la mediación puede incentivar o reforzar lógicas de contenido rehabilitador, propiciando la responsabilización del autor por el hecho y su consecuencia, evitando el ingreso en prisión o la aplicación de penas o medidas alternativas a la prisión.

2. LA MEDIACIÓN ES UN CONTRAMODELO

La mediación reparadora indica que es posible una estrategia penal, o de gestión del conflicto que denominamos delito, que se plantee las necesidades de la víctima al tiempo que las del agresor, que permita hacer confluir intereses aparentemente

² El carácter dialéctico del proceso, en *Proceso y democracia*, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 156.

contradictorios e inconciliables. La mediación enseña que es posible intervenir sobre ambos protagonistas, sobre el infractor y sobre el perjudicado, de manera positiva, que la preocupación por el sufrimiento de la víctima no ha de solventarse en la aplicación de dolor al delincuente.

Por un lado, porque las víctimas precisan que se les escuche, ha de habilitarse para ello un espacio en el proceso, posiblemente con otros actores diferentes, papel que puede representar el mediador. En el juicio penal no hay lugar para que expresen su dolor. El juicio como reconstrucción histórica de un cierto y concreto pasaje de historia no se ocupa de la persona, le interesa su relato del hecho, su capacidad para vencer o persuadir de que las cosas sucedieron según la hipótesis acusatoria, de modo excluyente quiere aprovechar su conocimiento para declarar una culpabilidad e infligir una pena. El sistema no está preparado para atender requerimientos diversos, requerimientos de estricta humanidad. Lo que hemos denominado con lenguaje tan técnico la victimización secundaria es la demostración de una de las grandes miserias del proceso penal. En expresión de Carnelutti, el testigo, el individuo reducido a la categoría de una prueba, junto al documento, es un hombre con su cultura y sus miedos, al que se exprime, se interroga y se somete a la sospecha del escrutador. «No conozco un aspecto de la técnica penal más preocupante que el que se refiere al examen y hasta, en general, al trato del testigo. También aquí la exigencia técnica termina por resolverse en una exigencia moral: si la debiese resumir en una fórmula, colocaría en el mismo plano el respeto al testigo y el respeto al imputado. En el centro del proceso, en último análisis, no están tanto el imputado o el testigo cuanto el individuo»³.

Si la víctima ha de ser tratada con la dignidad que le corresponde como persona, el proceso no puede seguir de espaldas a su voluntad expresada o silenciada (porque no se le escucha ni se le demanda), a sus decisiones y opiniones. En la experiencia práctica se constata una y otra vez la sustitución sistemática de la víctima por otros actores –¿acaso, el fiscal consulta o dialoga con la víctima?– que pone de manifiesto el carácter autoritario y paternalista de nuestro proceso penal.

Desde el lado de los infractores –cómo el lenguaje condiciona nuestro comportamiento, qué fácil resulta la distancia moral si le calificamos estrictamente como delincuente– parece razonable, si atendemos a las necesidades de la víctima y a las necesidades de la comunidad, perseguir otros objetivos. En primer lugar, estimular su voluntad para que repare el daño causado, para ello se le pide que colabore. También, parece indudable que el proceso debería fomentar la responsabilidad de las personas, de la víctima, en los términos dichos, y del acusado, una estrategia de responsabilización pasaría por permitirle una oportunidad de actuar, ya que no se le impone la participación, puede optar. Algo bien diferente a ofrecerle la posibilidad de que mienta –pareciera que hemos asumido que la mentira es para el acusado una suerte de derecho, sin embargo el proceso penal no recompensa lo contrario, la actitud que desde los valores morales compartidos podemos apreciar, que el acusado diga la verdad, que reconozca el daño y asuma su responsabilidad-. Resulta, también, éticamente cómodo situarlo en el campo de la mentira porque hace más fácil su condena y la imposición de una pena de prisión. Es su derecho, decimos y escuchamos de manera cotidiana en las salas de justicia. Sin embargo, se trata de una poderosa estrategia para deshumanizarlo, para reducirle a objeto, a mero fantoche, imagen ésta que pertenece a Carnelutti.

³ *Las miserias del proceso penal*, citada, p. 49.

Si el sistema quiere inducir la reparación –algo que resulta evidente en la formulación de la circunstancia atenuante del artículo 21.5º del código penal, que no sólo habla de reparación, también de disminución del daño– ha de reconocer que el ingreso en prisión, cautelarmente o en virtud de una condena, es una manera de impedir que el agresor trabaje o consiga rentas con las que afrontar la reparación material del daño causado por el delito. Nuestro sistema priva de libertad con gran facilidad a quienes incurren en infracciones penales, pero es incapaz de perseguir con un mínimo de eficacia sus bienes o de obtener la reparación por otros medios. De manera habitual observamos cómo las víctimas presentan en los juicios las facturas que demuestran el gasto que han hecho para reponer las cosas dañadas por el delito y en el banco del acusado observamos a un candidato a la prisión, insolvente y despreocupado de la responsabilidad civil. «Todo parece indicar –decía el profesor Roxin, un firme defensor de la mediación– que nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer»⁴.

Ese estado de cosas no beneficia a nadie, ni a las víctimas, ni a los agresores, ni a la sociedad. Quienes claman por penas draconianas y solo se tranquilizan, temporalmente, cuando comprueban que los tribunales responden al espíritu de venganza contra el enemigo que ellos predicán, son espíritus insaciables que encontrarán inmediatamente, como buenos consumidores de experiencias que son, otro objeto, otra causa a la que aplicar su indignación.

En esa confrontación de posiciones conviene destacar dos datos sobre las motivaciones de agresores y víctimas que recomiendan elaborar el problema desde otra perspectiva. Muchas de las personas que han cometido un delito sienten la necesidad de reparar el daño que han causado. La experiencia de quienes trabajamos en el proceso penal nos lo enseña. Roxin da noticia de investigaciones psicológicas en el ámbito norteamericano que demuestran esa voluntad de reparar⁵. Al tiempo, parece que esa intención inicial va desvaneciéndose según el infractor es sometido al proceso, a la coacción que implica, y sancionado, incluso con pena de multa, o se ve privado de libertad en una prisión. Cuando el autor se considera castigado de manera suficiente, se produce la desmotivación. Es un efecto de desresponsabilización natural que genera el desarrollo del proceso penal y que perjudica los intereses de las víctimas.

En la misma línea, fenómeno paradójico en un tiempo que expresa como discurso dominante, a veces pareciera que único, la necesidad de perseguir con rigor a los delincuentes, las víctimas que denuncian buscan de manera prioritaria la reparación, el resarcimiento del daño, antes que el castigo y la sanción⁶. Parece un lugar común para los prácticos del proceso penal y un buen indicador de ello es la actitud de las mujeres en los delitos de violencia familiar.

⁴ «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en la obra colectiva *De los delitos y de las víctimas*, al cuidado de J. MAIER, *Ad-hoc*, Buenos Aires, 2001, p. 140.

⁵ Citada en la nota anterior, p. 140.

⁶ ROXIN menciona varios estudios que sostienen esa afirmación en el artículo citado antes, p. 151.

3. LA REPARACIÓN COMO PRIORIDAD

Se puede convenir, a ello nos obligan los convenios y declaraciones internacionales, que ha de ponerse todo el dispositivo penal, todos los recursos del sistema, al servicio de la satisfacción de la víctima. Para ello resulta imprescindible reconocer que el delito produce no sólo un daño material, evaluable en dinero, sino también, muchas veces más importante, un daño psicológico o emocional, el miedo, la angustia, la intranquilidad por la irrupción en nuestras vidas de un intruso y de un hecho perturbador de nuestro equilibrio (algo que denominamos, con esa capacidad de los nuevos conocimientos que vertebran intervenciones profesionales para invadir el espacio y construir aparentemente realidades antes no conocidas, el estrés postraumático, una experiencia de dolor compartida). Ese daño inmaterial o moral tiene escasa presencia en el proceso penal. Quizá porque no se puede expresar en el ámbito del juicio penal, no habilitado para ello, a los actores institucionales les molesta escuchar y observar esas emociones, cuando los edificios judiciales, si nos damos cuenta, como los hospitales, están llenos de gente que sufre.

La reparación puede ser un medio de pacificar el conflicto porque permite aliviar la tensión emocional de la víctima, prevenir la reiteración de hechos violentos similares y lograr, en su caso, el desapasionamiento del agresor hacia su víctima. Y ello porque atiende a dos dimensiones fundamentales: la reparación psicológica y material de la víctima y la responsabilización del autor⁷.

Las experiencias de mediación revelan la importancia del daño emocional. Así, en un caso de robo con fuerza sobre un vehículo en el que habían sido imputados tres jóvenes, la mediadora constató que la perjudicada, una joven profesora de enseñanzas medias, era portadora de una gran ansiedad. Sabía que los autores vivían en su barrio y que se los tendría que encontrar en el juicio. Había un detalle menor que la atenazaba, los ladrones habían fracturado tres de las cuatro cerraduras. Quizá, temía, los autores la conocían y les interesaba más amedrentarla que privarle de sus bienes –solo se habían llevado una pequeña linterna y unas gafas de publicidad-. En la entrevista común ella observó a los tres autores, jóvenes sin estudios, dos de ellos trabajaban en condiciones de precariedad como peones en la construcción. Después de escuchar sus explicaciones se dirigió a ellos: sabéis que me acababa de comprar el coche y que lo estoy pagando a plazos, sabéis que estoy sola y he de afrontar con dificultad el pago de la hipoteca de mi piso, ¿por qué rompisteis las tres cerraduras, no os bastaba con una? Uno de ellos le informó que no habían sido capaces de abrir el auto al primer intento, su escasa habilidad y la ebriedad eran la causa de esos daños desproporcionados. Aquel detalle que alimentaba la inquietud se desvaneció en el aire, con él su temor. Enfrente tenía a tres chicos de un sector de población marginal, que habían disfrutado de pocas oportunidades, ya no le parecían feroces.

Es un fenómeno común a la mediación. Ocurre que el autor descubre un rostro, una realidad y valora que ha infligido daño a una persona y no a una víctima designada por el azar. El perjudicado, a su vez, conoce un agresor a veces banal, un paria, que

⁷ Ver *La médiation pénale*, PAUL MBANZOULOU, L'Harmattan, Paris, 2004, quien plantea esa perspectiva a partir de conflictos en los que la infracción ha surgido en un espacio de relación entre el agresor y la víctima, ya de naturaleza familiar, vecinal o laboral, en los que se puede presumir, por la propia vinculación entre los protagonistas, un riesgo de reiteración, porque están obligados a volverse a ver o convivir, complejidad de esos enfrentamientos que no puede abordarse desde el proceso judicial. Como sabemos, la ley de protección integral de violencia sobre las mujeres prohíbe la mediación en ese tipo de casos.

le provoca piedad. Constatan una impresión frecuente para los que operan en el sistema de justicia penal, que muchos de los acusados son pobres gentes a los que habría que ayudar. La confrontación entre ellos se ha convertido en una especie de reencontro⁸. Todos los comentaristas sobre la mediación ponen el énfasis en ese daño emocional o psicológico, que se ve fomentado en sociedades complejas, abiertas y en transformación, sociedades atemorizadas por el impacto del terrorismo internacional. Se ha comprobado que el encuentro y el diálogo con el otro, esencia de la mediación, reduce o elimina imágenes hostiles y temores que funcionan como prejuicios en relación al delito⁹.

Una primera conclusión nos debería llevar a poner todo el dispositivo de la justicia penal al servicio de la satisfacción de los intereses de la víctima, en un sentido auténtico. Desde el primer momento. A la búsqueda de la reparación material e inmaterial del daño sufrido por el perjudicado. Para ello, las autoridades de investigación e instrucción penal deberían informar a los denunciados sobre las posibilidades de reparar a la víctima y las ventajas que podrían obtener de ello.

Parece indiscutible que la mediación aporta una manera eficaz de abordar los intereses de la víctima, de solventar el conflicto que subyace al hecho delictivo –quizá sería mejor habla de gestionar el conflicto, ya que muchos problemas que surgen en las relaciones personales y sociales no tienen solución, nos vemos obligados a convivir con ellos-. Porque permite, lo enseñan las múltiples experiencias, compensar el daño y restituir la paz, neutraliza los efectos emocionales de la infracción, porque motiva al diálogo y a la asunción de responsabilidades, la confrontación con el sufrimiento del otro conmueve a las personas, esa consternación se siente y se transfiere motivando un cambio de perspectiva. Todos ellos son fines obvios de cualquier intervención en un conflicto.

Como dice Christie se trataría de buscar «soluciones que obliguen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, buscar arreglos en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la compensación en vez de represalias y que, en términos pasados de moda, animen a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, el mal»¹⁰.

4. LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO, PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN

La mediación reparadora –preferimos esa expresión porque resume métodos y objetivos– viene a transformar los principios de la justicia penal, tiene un ineludible caudal subversivo porque interroga acerca de las prácticas en vigor y cuestiona su razón de ser. Hasta el propio lenguaje plantea perspectivas diferentes. Se habla, y se invita a practicarlos tanto a los protagonistas privados como públicos del proceso, de diálogo, de escucha atenta, de comprensión, de explicar los comportamientos, de asumir responsabilidades personales, de negociar acuerdos, de reparación del daño, de perdón. ¡Qué alejado de nuestro lenguaje cifrado!

⁸ La descripción se encuentra en la monografía *La médiation*, Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, PUF, que sais-je?, Paris, 2005.

⁹ Ver *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (del presente francés al futuro español)*. M.ª Begoña SAN MARTÍN LARRINOA, Gobierno Vasco, Vitoria, 1997, p. 260.

¹⁰ *Los límites del dolor*, FCE, México, 1984, p.134.

El procedimiento de mediación ha de respetar el sistema de garantías establecido para proteger la libertad del imputado. Por ello ha de cuestionarse, en el momento de seleccionar los casos que pueden derivarse hacia esa vía alternativa, cómo respetar la presunción de inocencia, no sólo en su versión de regla de tratamiento del imputado sino también como regla de juicio, es decir sobre cómo adquirir el convencimiento suficiente para afirmar la hipótesis acusatoria. Cuando se insta la mediación antes del juicio y de la sentencia –la R(99)19 dice que la mediación ha de estar accesible en todas las fases del proceso, por lo tanto, también en la fase de ejecución de la condena¹¹, momento en el que la invitación a la reparación no plantea este tipo de problemas– no existe todavía un conocimiento que permita desvirtuar la presunción de inocencia. Ese es el problema.

Parece prudente plantear la mediación en aquellos supuestos en los que el imputado ha admitido los hechos, incluso en aquellos casos en los que no ha contestado o negado de manera seria los cargos, éstos serían supuestos de imputados no convencidos de su inocencia¹². Podría indagarse si existen, además, indicios racionales de criminalidad, si se ha verificado el juicio sobre la solvencia de la acusación. Frente a ese peligro ha de observarse que el mecanismo en sí mismo es inestable, vulnerable a cualquier interferencia que lo desequilibrará. Porque se sustenta sobre el consenso de los intervinientes, la mínima reticencia puede poner fin a la mediación. De hecho, la consulta que se hace al abogado al principio es otro medio de garantía. Bastaría que el abogado recurriera la resolución que suspende el proceso y deriva el caso a la mediación para que ésta fracasara de manera inmediata. En cualquier caso, como los perfiles no son precisos ni las pautas de decisión claras, la duda aconseja abstenerse de la puesta en marcha del procedimiento, siempre tras la consulta al imputado y a su abogado.

De otra manera, se podría vulnerar su derecho a ser tratado como inocente y a no colaborar a su condena, que tratan de garantizar los institutos de la no autoincriminación y el derecho al silencio. Porque aunque la participación en la mediación no debe ser utilizada como una admisión siquiera indirecta de la autoría del hecho o de la culpabilidad, así lo dice la Recomendación del Consejo de Europa, ha de tenerse en cuenta que podría condicionar o prejuzgar, incluso de manera inconsciente, la futura decisión del caso.

La cuestión es bien importante y de difícil tratamiento. El riesgo es que la mediación se vincule a la conformidad como otra manera rápida y sin garantías de concluir el proceso, una institución cuyo desarrollo práctico debería revisarse para someterla a control judicial ya que ha transformado la justicia penal, hasta el punto que el 57,18

¹¹ En Bélgica funciona desde 1998 un proyecto que trata de introducir en la prisión la cultura de la restauración, por medio del diálogo entre el autor preso y la víctima. Con ese fin los mediadores trabajan con los condenados para que asuman su responsabilidad y con los funcionarios para sensibilizarles en dirección a los problemas de las víctimas y de los condenados. Se ha llegado a crear un fondo de restauración para ayudar al condenado a solventar su responsabilidad civil, a cambio debe prestar horas de trabajo en beneficio de la comunidad. Según dicho proyecto, el diálogo debe involucrar al agresor y a la víctima, a estos y al sistema penal, también a la sociedad. Resulta interesante también otro proyecto paralelo, en una perspectiva resocializadora, que examina el endeudamiento global del preso y trata de ayudarlo a saldar sus deudas desde la cárcel, mediando con sus acreedores y estableciendo un plan para el pago preparando así su futuro regreso a la sociedad (de todo ello da cuenta el artículo «Cómo la restauración puede saltar los muros de la cárcel. Una discusión sobre el proyecto *Detención dirigida a la Restauración*», Tony Peters y Luc Robert, Eguzkilore, n.17, 2003).

¹² La denominación de imputado no convencido aparece en el artículo de Albin ESSER *Acerca del renacimiento de la víctima en el proceso penal, tendencias nacionales e internacionales*, publicado en la compilación citada *De los delitos y de las víctimas*, J. MAIER, p. 36.

por 100 de las sentencias de los Juzgados de lo Penal en el año 2005 se dictaron de conformidad.

Volviendo a la presunción de inocencia ha de exponerse la diferencia sustancial entre, por un lado, los hechos que se negocian en el reencuentro de los protagonistas del suceso –cualquier acuerdo se sustentará en el reconocimiento de un acto concreto y de un daño– y, de otro lado, el hecho judicial, el enunciado fáctico propuesto en la hipótesis acusatoria que se construye en un diálogo circular entre la realidad, reconstruida por los medios probatorios, y el tipo penal. Los métodos son bien diferentes, de suerte que sería difícil imaginar fórmulas para que los contenidos de la mediación puedan revertir en el rendimiento de la prueba, al margen de influencias psicológicas a las que otorgamos más influencia de la que tienen. No obstante, si el acta de acuerdos que redacta el mediador evita una descripción del suceso se sortea cualquier intento de aprovechamiento probatorio.

Respecto a los derechos fundamentales del acusado, el mediador se convierte en un instrumento añadido de tutela –bajo la supervisión judicial– de la presunción de inocencia, ya que podrá concluir el trámite si detectare un imputado que no cometió el hecho o al que amparan buenas razones para enfrentar con éxito la pretensión acusatoria. A ello le obligan su profesionalidad y su compromiso moral. Su autonomía es una garantía a esos efectos.

Para posibilitar la no subordinación del procedimiento de mediación –que obedece a lógicas diferentes a las que gobiernan el juicio penal–, proteger la sinceridad del diálogo y las garantías de proceso debido, en concreto la igualdad de partes así como las derivadas del derecho de defensa, todo el contenido de las entrevistas y del diálogo será confidencial, sin que puedan aprovecharse para la prueba –ni trasladar su rendimiento al juicio– las afirmaciones y posiciones del imputado y del perjudicado. Los hechos expuestos, las informaciones obtenidas sobre el suceso y la personalidad de los intervinientes es objeto de una reserva absoluta (art. 2 de la Recomendación). Con ese carácter privado se pretende preservar el espacio de la mediación como un lugar de encuentro y de diálogo, sin interferencias y permitir un libre intercambio entre las partes.

Se discute cuál ha de ser el contenido del diálogo, de las entrevistas del mediador con el infractor y con la víctima y del encuentro conjunto de los tres, así como de los acuerdos o pactos. A partir de los fines proclamados, las posibilidades son múltiples. En principio el encuentro versará necesariamente sobre el suceso, sus perfiles y matices, la intervención del acusado, la entidad del daño y del perjuicio. Tony Peters ofrece un catálogo amplio de temas que deberían sustentar el diálogo con una intensidad suficiente para lograr un entendimiento, siempre sobre la base de la humanidad compartida por los interlocutores, que abarcaría desde los motivos y las visiones subyacentes que pudieran explicar el origen del conflicto y sus consecuencias, la situación económica, el origen social y entorno de ambos, el impacto psicológico, el beneficio obtenido y su destino, la desproporción de los medios en relación a los objetivos perseguidos por el autor, la posible irracionalidad del hecho, las experiencias previas sobre el delito, la visión subjetiva del suceso, los argumentos personales, la perspectiva de futuro del infractor, sus recursos y posibilidades, hasta la respuesta que ambos considerarían razonable o justa de parte del Tribunal¹³.

¹³ *Mediación para la reparación: la presentación y discusión de un proyecto de investigación y de acción*, Revista de Estudios Penales y Criminológicos, núm.18, 1994-1995, p. 204.

Los actores de la mediación, protagonistas del conflicto, no pueden disponer de la acción penal porque nuestro sistema se rige por los principios de legalidad y de obligatoriedad de su ejercicio por el Fiscal (arts. 105 y 106 LECrim establece esa obligación y determina la irrelevancia del perdón en los delitos públicos). Sin embargo, con base en ese diálogo horizontal entre el imputado, la víctima y el profesional, la mediación establece una línea de comunicación vertical con los actores del proceso penal. Interpela al fiscal y al juez acerca de la justicia de la decisión del caso, porque les propone otras fórmulas para concluir y genera una reflexión permanente sobre el sistema, sus recursos y los límites de la intervención. En buena medida, la mediación tiene una eficacia pedagógica y crítica sobre el sistema de justicia penal.

En cuanto al acuerdo final, puede contener decisiones plurales. Habitualmente combina varias fórmulas, la manifestación de arrepentimiento del autor, la petición y aceptación de excusas, el perdón solicitado y concedido, la reparación material del daño y de los perjuicios, la cuantificación económica, las prestaciones personales de trabajos en beneficio de la víctima o de la comunidad, la incorporación o la continuación de tratamientos de deshabituación a drogas y alcohol, de programas de formación profesional o de cualquier tipo de educación (para la paz o la resolución pacífica de los conflictos), los compromisos de cambio de actitud, las promesas de evitar situaciones de riesgo o de aproximarse a la víctima.

En nuestra experiencia práctica –por consejo de una víctima, se trataba de un delito intentado de robo en casa habitada– el acusado, pintor de profesión, que había sido sorprendido cuando salía del lugar con una cierta cantidad de dinero, realizó trabajos en beneficio de personas necesitadas remozando espacios comunes de viviendas de protección pública deterioradas, tareas que se obtuvieron con la intercesión del Ayuntamiento de su localidad. También hemos explorado, siempre por iniciativa y fruto de la imaginación de los mediadores, con intervenciones del tipo de incorporación a cursos de formación profesional, redacción de textos en los que el autor debía ponerse en lugar de la víctima, como si hubiera sido despojado de sus bienes por un extraño, y la visita a una prisión para intercambiar opiniones con condenados por delitos similares. Todas las posibilidades están abiertas, la mediación es un espacio abierto que invita a la búsqueda constante de alternativas al castigo.

5. RAZONES DE UN BUEN MODELO

Las ventajas para la víctima son varias y relevantes. En primer lugar, puede lograr la indemnización del daño de manera rápida y eficaz. En la práctica se comprueba cómo los acusados que aceptan intervenir en la mediación, siempre que pueden, ingresan la cantidad reclamada por el Fiscal en concepto de responsabilidad civil incluso antes de la entrevista conjunta con el perjudicado. Hay que reconocer el fracaso de la justicia penal para ejecutar las responsabilidades civiles, muchas veces esa función se reduce a comprobar que los acusados, en muchos casos personas marginales o con problemas de integración, no tributan ni tienen bienes inmuebles o vehículos a su nombre. Es aconsejable escuchar otra vez a Christie, uno de los críticos más precisos del sistema. Frente a los que alegan que los delincuentes son pobres y no pueden reparar, enfatiza que las cárceles están llenas de gentes pobres pero nadie se encarga de verificar si tienen bienes de consumo con los que pagar el daño (una bicicleta, un

aparato de música...). Sencillamente, como la propiedad está más protegida que la libertad en nuestra sociedad, dejamos que los pobres paguen con el único producto que está equitativamente distribuido: el tiempo, que se les quita para que sufran. Pero, el tiempo se podría utilizar, dice el criminólogo noruego, con otros fines más positivos que recibir dolor que el Estado le administra, por ejemplo con propósitos compensatorios. Es un problema de organización¹⁴. En esa línea, sabemos que si el autor ingresa en prisión resultará difícil, si no imposible, que obtenga recursos con los que afrontar la reparación.

Esas serían unas buenas razones para asumir la mediación. Pero, además ésta incorpora más ventajas porque, como se ha repetido, la víctima tiene otras necesidades más allá de las meramente económicas¹⁵.

En la mediación se abre un verdadero ámbito de protagonismo a la víctima, resolviendo problemas relativos a su tratamiento procesal y a su intervención en el juicio, lo que se denomina en el lenguaje de los criminólogos la victimización secundaria, que significa un nuevo desprecio a su dignidad que ésta vez le devuelve el sistema penal mediante incompreensión, molestias, falta de información, pérdida de tiempo y descortesía. Es él quien decide. Su intervención es voluntaria en todo momento. En su entrevista con el mediador, en la entrevista conjunta con el autor, si accede a ello, actúa libremente sin la tutela de los actores públicos del proceso. Habla y expresa su parecer en lugar de ser sometido a un interrogatorio que le reduce, muchas veces por desidia, otras como consecuencia de culturas burocráticas que se reproducen de manera acrítica, a afirmar o negar. Escucha y responde, inquiere y pide. Recibe explicaciones, puede aceptarlas o rechazarlas. Por otro lado, no se puede negar el miedo del testigo al juicio, a confrontarse con el autor y a recordar el suceso, que ha de enfrentar sin ayuda institucional, algo que se solventa en la mediación con carácter previo.

Louk Hulsman, el criminólogo holandés, desarrolló una investigación en su país para indagar por qué denunciaban las víctimas, comprobando que la mayoría eran conscientes de que muy pocos delitos resultaban esclarecidos por la policía¹⁶. El acercamiento a la policía, lejos de buscar la persecución del autor, se fundaría en la necesidad de las personas de obtener algún tipo de explicación del suceso, de recibir compasión y apoyo a nivel humano, «la víctima se encuentra frente a una realidad temporalmente destruida por un hecho inesperado, que puede ser restaurada si aquellos que tienen autoridad confirman la visión del mundo de la víctima». Es decir, la denuncia sería una suerte de ritual de reordenamiento, lo que requiere preparar a la policía para que sepa afrontar ese importante encuentro.

Tales condiciones posibilitan que la víctima supere emocionalmente las consecuencias del suceso, logre ser reconfortado rebajando los niveles de ansiedad, quiebre la soledad, se libere del sentimiento de inseguridad y supere la sensación de vulnerabilidad que genera el delito, ya que la mediación desdramatiza el hecho y al autor, que se presenta con un rostro humano, con una voz propia.

Experiencias contrastadas de mediación ponen de manifiesto la evolución que el diálogo induce –como apreciamos en las buenas creaciones literarias y cinematográ-

¹⁴ *Los límites del dolor*, citada, p.130.

¹⁵ Seguimos las propuestas de ROXIN en su artículo *Pena y Reparación*, *ADPCP*, vol. LII, 1999, pp.5-15 y de Elena LARRAURI en «Victimología», capítulo de la obra colectiva citada *De los delitos y de las víctimas*, J. MAIER (ed.), pp. 295 y ss.

¹⁶ *Alternativas a la justicia penal*, p. 9, www.derechopenal.com.ar.

ficas– en las imágenes recíprocas de la víctima (una inicial tendencia a simplificar y una visión represiva, que cambia hasta llegar a una aproximación moderada al otro, van surgiendo preocupaciones pedagógicas y sociales, que les lleva a reconocer la situación de la parte contraria) y del acusado (desinteresado, receloso y a la defensiva, porque –como la víctima– piensa a partir de estereotipos, puede llegar a escuchar al otro, a demostrar que está preparado para asumir su responsabilidad y colaborar a la reparación del mal). Una de las ventajas de la mediación es que destruye los mitos¹⁷.

En un juicio por un delito de robo con fuerza en el interior de un vehículo, en el que la mediación había prosperado, el acusado explicó la recaída en el consumo destructivo de drogas, después de cinco años de abstinencia –ahora se encontraba en tratamiento y le acompañaba un educador– y el perjudicado, un comerciante de automóviles, aceptó la indemnización que aquel había depositado y la donó a la asociación que gestionaba el programa de deshabitación, gesto que sugiere la capacidad de esta institución para facilitar la comprensión, para habilitar soluciones diferentes. La sentencia aplicó una medida destinada a reforzar el tratamiento que desarrollaba el joven condenado.

La literatura sobre la mediación llama la atención sobre la importancia de la comprensión entre las partes. Cuando se logra determina, y no es infrecuente, que las víctimas renuncien a su reclamación económica con base en un compromiso del acusado de acometer alguna prestación personal, como puede ser la promesa de cambiar de actitud o de evitar actitudes arriesgadas, de guardar distancia con la víctima, de aceptar someterse a un tratamiento o iniciar cursos de educación profesional o de realizar trabajos en beneficio de la comunidad.

El significado de la conducta voluntaria, no se olvide, que acomete el autor para reparar el daño que causó tiene un importante sentido desde los fines tradicionales de la pena, algo que han resaltado los defensores de la mediación. Porque se tiene que ocupar personalmente del daño, pensar y actuar en una lógica próxima a la víctima, hacer algo constructivo que deshaga, neutralice o compense su acto ilícito anterior, por ello se ve obligado a enfrentarse con su acción. Pero la mediación, porque aquí no se le impone esa obligación, interviene en una clave distinta a como lo hace la pena, en la forma que menos daña su autonomía personal. En dicha confrontación puede llegar a entender el dolor de la víctima. Se trata de lo que Roxin denomina el efecto pedagógico del diálogo, que puede servir al autor para activar un mecanismo de consternación psicológica que tenga un efecto resocializador en su vida futura¹⁸. He ahí un mecanismo de socialización, de integración o rehabilitación nada desdeñable, que sintoniza con la prevención especial.

Cuando la reparación material y emocional se alcanza, cuando la víctima logra reconfortarse y recuperar el sentimiento de seguridad, se restablece la paz social, se afirma el orden jurídico y se manifiesta la fuerza prevalente del derecho, que son objetivos característicos de la prevención general positiva¹⁹, se cumplen así de manera intensa los sentimientos de justicia de la sociedad, calmando o apaciguando la conciencia jurídica.

¹⁷ Así lo expresa el catedrático de Criminología de la Universidad de Lovaina TONY PETERS en su artículo citado *Mediación para la reparación...*, p.199.

¹⁸ Ver *Pena y Reparación*, Claus ROXIN, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LIII, 1999, pp.5-15.

¹⁹ También ROXIN en su *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 34.

Los beneficios que dispensa la mediación para el autor parecen claros. Como primera consecuencia puede lograr una atenuación de la pena. En los delitos contra el patrimonio, hurtos, robos con fuerza y robos con violencia e intimidación, frustrados o de menor entidad, y en los de lesiones, va a asegurar en la práctica que no ingrese en prisión, mediante la aplicación de una atenuante simple o cualificada, seguida de la suspensión o sustitución de la pena. Es una razón poderosa para disuadirle a intervenir en el diálogo de una manera sincera. Por ello, desde la primera declaración judicial se debería informar al imputado de las expectativas que le abre la reparación del daño. Elementos de motivación personal se hallan en diversos actos a los que se ve abocado en la mediación, al reconocer su autoría, al tratar de ofrecer una explicación, al pedir perdón y buscar un acuerdo que repare suficientemente, en opinión de la víctima, el daño causado. Todo ello significa actuar en positivo, hacer cosas que valoramos moralmente.

Aunque no se logre ese acuerdo, su intervención voluntaria es ya un valor en el lado del autor, que habrá reflexionado sobre la conducta y los perjuicios irrogados a la víctima, habrá escuchado al ofendido, habrá intentado ponerse en lugar del otro, realizado esfuerzos para que aceptase sus excusas y considerase beneficioso el arreglo que le proponía. Hemos leído en juicio cartas escritas por jóvenes acusados a la víctima de su caso –obligación que formaba parte del acuerdo de reparación, en otros venía a sustituir la imposibilidad de un encuentro entre las partes que el sujeto pasivo no deseaba– que representaban un notable esfuerzo atendidas las circunstancias del imputado y la dificultad ordinaria para admitir los errores en público.

Por lo demás, si el acuerdo se traslada al juicio en forma de conformidad ahorra esfuerzos relativos a la prueba y a la ejecución de la sentencia, ya que se habrá logrado anticipadamente y de manera voluntaria la reparación del daño. Entre otras cosas permitirá a la víctima comparecer y presentarse de otra manera, no ser sometido a interrogatorio cruzado, poder expresarse libremente, sin la presión de que rinda para la suficiencia de la prueba de cargo. Hemos percibido en el desarrollo de la experiencia cómo el acusado y la víctima entraban a la sala de justicia juntos, demostrando que daban por superado el conflicto, que no militaban en bandos enfrentados.

Se alega que la mediación podría favorecer una desigualdad entre víctimas débiles y autores poderosos. Algo que el mediador, un profesional formado e independiente, habría de percibir y neutralizar. Por lo demás, esa crítica desconoce que en la mayoría de los casos sobre los que se podría trabajar, los de la justicia de lo cotidiano, los hurtos, robos con fuerza o con violencia e intimidación, lesiones, los autores son personas que, una vez atrapadas en el sistema penal, carecen de poder.

Roxin ha concluido que «cuando no sabemos si podemos ayudar al delincuente mediante el derecho penal, en el sentido de una resocialización, deberíamos, por lo menos, auxiliar a la víctima. Ya esto constituiría un avance frente al derecho penal anterior, circunscrito a las penas y las medidas»²⁰. Esa es una evidencia que no podemos negar.

²⁰ *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, en el libro *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania*, CGPJ, Madrid, 1991, p. 30.