

La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?*

Paz Francés Lecumberri**
Eduardo Santos Itoiz***

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer, en primer lugar, una aproximación al panorama general de la justicia restaurativa como nuevo paradigma en la comprensión del Derecho penal y su posible adecuación a la construcción de los fines y funciones construidos formalmente por la Doctrina penal. En segundo lugar pretende un acercamiento al instrumento para la justicia restaurativa más conocido en la resolución de los conflictos surgidos del ilícito penal: la mediación. No se pretende, por tanto, hacer un análisis de las posibilidades existentes en las diferentes legislaciones penales, sino más bien una aproximación teórico general a la materia.

* Este trabajo se enmarca dentro de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto financiado por el Ministerio de ciencia e innovación "Repensando el Derecho penal: Complejidad social y seguridad como restos de un Derecho penal a la vez garantista y eficaz. Aplicaciones: delincuencia en estructuras complejas (administraciones públicas, empresas, equipos médicos, etc.) corrupción delincuencia económica, personas especialmente vulnerables (menores, mujeres ancianos, inmigrantes, etc.), delincuentes especialmente peligrosos (terroristas, profesionales, habituales, etc.), nuevos riesgos (tecnológicos-biotecnología, informática y otros-seguridad vial, medio ambiente, etc.), mediación penal y otras (Der2010-16558, Ministerio de Ciencia e Innovación)"; Proyecto financiado por la Comunidad Foral de Navarra: Res 228/2008-2303- "Problemas que plantea la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Propuestas de solución. Especial referencia a la situación de la Comunidad Foral de Navarra".

** Ayudante de Derecho penal en la Universidad Pública de Navarra, Criminóloga, Mediadora, Presidenta de la Asociación ANAME (Asociación Navarra de Mediación).

*** Profesor Asociado de Derecho penal de la Universidad Pública de Navarra, Abogado, Mediador.

Abstract

The scope of this work is firstly to show a general overview on restorative justice as the new paradigm on the understanding of Criminal law and its possible adequacy on the construction of the aims and roles formally built by Doctrine. Secondly, it tries an approach for the restorative justice, commonly used for conflicts raised from criminal offences: mediation. It is not the aim of this work to analyse the existing possibilities among different legislations; it is a theoretical approach on the subject.

Palabras Clave

Mediación, justicia restaurativa, alternativas, reparación, víctima, infractor, fines del Derecho penal, funciones del Derecho penal, intervención mínima, humanización del Derecho penal.

Key words

Mediation, restorative justice, alternatives, amends, victims, offender, purposes of Criminal law, functions of Criminal law, the minimal intervention, the humanization of Criminal law.

Sumario

1. Introducción y orígenes del concepto de justicia restaurativa. 2. El concepto de justicia restaurativa. 3. Los fines de la pena y la justicia. ¿Caben los modelos de justicia restaurativa en el actual modelo penal? 4. El papel de la mediación penal como modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal. 5. Reflexiones finales.

Abreviaturas utilizadas

ADR	Alternative Dispute Resolution (Resolución Alternativa de Conflictos)
CES	Consejo Económico y social
CP	Código penal Español
ECOSOC	Economic and Social Council (Consejo Económico y Social)
JG	Jugendgerichtsgesetz
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
PJ	Poder Judicial
(R)	Recomendación
RDP	Revista de Derecho penal
REDUR	Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal Alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Código Procesal Penal).

1. Introducción y orígenes del concepto de justicia restaurativa

Desde hace algún tiempo viene siendo habitual leer o escuchar la expresión referida a que el Derecho penal se encuentra en una verdadera crisis de identidad¹. Sin embargo, las referencias a esta crisis han de retrotraerse hasta los años 60, momento en el que aparecieron diferentes posturas que se extendieron desde la puramente abolicionista, hasta posturas que criticaron no las bases del Derecho penal sino fundamentalmente los devastadores efectos humanos de la sanción penal circunscrita básicamente a la privación de libertad². Hoy estos planteamientos críticos siguen en vigor ante la evidencia de que el sistema penal no es capaz de dar alcance a los fines que lo legitiman³, por la crisis profunda de la pena de prisión y por la evidente incapacidad del Derecho penal para dar respuesta real a los apremiantes requerimientos de seguridad de la mayor parte de la colectividad.

Cuando aludimos a “apremiantes requerimientos de la sociedad” nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a la exigencia por parte de ésta de la protección de todos los posibles riesgos que la persona se pueda encontrar en su vida íntima y colectiva, ya sean éstos personales o comunitarios. Estamos viviendo en tiempos en que se percibe en la sociedad una creciente sensación de inseguridad. Sin embargo hay que advertir que este sentimiento no es necesariamente consecuencia de una real ausencia de protección de los riesgos a los que se enfrenta un hombre medio del

1 Entre otros muchos David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999, pp. 17-24. En todo caso consideramos al igual que lo hace Silva Sánchez que “plantear la hipótesis de la crisis como fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o al menos inexacto”, entendiéndolo “que la crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo”. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch Editor, 1992, p.13.

2 Entre otras muchas monografías sobre la pena privativa de libertad, el sistema penitenciario y las cárceles: Segato, “El color de la cárcel en América latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en deconstrucción en *Revista Nueva sociedad*, N° 208, 2007, pp. 1-20; Vvaa: *Privación de libertad y derechos humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional*, Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona (coord.), Barcelona, ACARIA, 2008.; San miguel, *Cárcel y derechos humanos*, Donosita, Tercera Prensa, 2003; rivera, *La cárcel y el sistema penal en: sistema penal y problemas sociales*, coord. Roberto Bergali, 2003, pp. 351-393; Valverde Molina, *La cárcel y sus consecuencias: la intervención sobre la conducta desadaptada*, Madrid, Editorial Popular, 1991.

3 En este sentido Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 23; Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Siglo XXI, cit., pp. 10 y ss; Highton/Alvarez/Gregorio, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 32.

tercer milenio⁴. Más bien al contrario. Estas sensaciones han de contextualizarse en una sociedad que ofrece muchas más garantías sociales, materiales y formales que en el pasado. Sin embargo, la inseguridad moderna no consiste tanto en una falta de tutela⁵, como en una demanda sin fin de protecciones y una arrebatadora búsqueda de seguridad⁶, que por otro lado habría que relacionar con una creciente expropiación al individuo de sus posibilidades de control y autodeterminación⁷, así como con el triunfo de la política criminal de tolerancia cero⁸. En esta dinámica de la seguridad es en la que situamos una masificada huida al Derecho penal reclamada por los ciudadanos o más bien por ciertos colectivos de poder⁹ y ejecutada por un poder político legitimado democráticamente¹⁰. Se pretende dar respuesta a todo tipo de variados problemas sociales a través de un único instrumento: Derecho penal. Pero, por el contrario, bien es cierto que muchas de las demandas de seguridad ciudadana no tendrían por qué

4 Bouchard/Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005, p. 3.

5 Ibid.

6 Así Castel, *L'insicurezza sociale*, Torino, Einaudi, 2004, p.4; Bouchard/Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, cit., pp. 3 y ss., advierte como la naturaleza de los conflictos en la modernidad habrían evolucionado de una lógica de contraposiciones entre clases, culturas, religiones... a una lógica de contrastes individuales en los cuales la persona, atomizada, vive una experiencia de cotidiana y desesperada lucha sumergido en los peligros de la búsqueda de un rol.

7 Bouchard, "Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto", en *Dei delitti e delle pene*, 1992 (2), 196, quien considera que esta expropiación es fruto de la crisis de la democracia.

8 Wacquant, "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal, en Prisiones de la miseria: Estado penal y seguridad ciudadana", en *Revista Archipiélago*, N° 55, 2003, p. 70.

9 En este sentido juegan un importante papel los mass media, especialmente la televisión ya que nuestro conocimiento de la realidad social depende de su conversión en noticia. Además en lo relacionado con la delincuencia, toda información es inexacta, descontextualizada, distorsionada, poco plural e interesada, e igualmente lo son las propuestas de solución que se plantean. En este sentido Fuentes Osorio, "Los medios de comunicación y el Derecho Penal", en *RECPC*, 2005, pp. 1-51. Por otro lado es conveniente advertir que los medios de comunicación habitualmente contribuyen de manera irresponsable a generar miedo al delito y un exceso de preocupación por la sociedad ante el mismo. En este sentido se expresan: Díez Ripolles, *La irracionalidad de las leyes penales: teoría y práctica*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 27-30; Baratta, "Los mass media y la cultura del miedo", en *Panóptico*, N° 6, 2003, pp.11-22; Id., "Los mass media y el pensamiento criminológico", en Bergalli (coord.): *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 487 y ss.

En este sentido Ragués i Vallés, "Los retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática penal", en *Pensamiento penal y criminológico, Revista de Derecho penal Integrado*, año IV, N° 6, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2003, pp. 240 y ss., dice que "el discurso de quienes se dedican a la política criminal se ha visto obligado a cambiar, pues ya no es posible recurrir sin más a la deslegitimación del poder político como argumento para desautorizar los excesos punitivos. La tarea ahora es más ardua: debe desacreditarse el crecimiento del Derecho penal pese a que éste es reclamado por los ciudadanos y otorgado por sus legítimos representantes".

10 Ibid.

venir necesariamente satisfechas desde el Derecho penal, más bien al contrario¹¹. El machismo, la pobreza, la desigualdad social, la drogodependencia, la precariedad... problemas que laten detrás de la que se puede llamar criminalidad urbana...¹², nunca se podrán solucionar con instrumentos penales y, de hecho, los reclamos exclusivamente punitivos y las políticas que los atienden suelen olvidar la importancia de la integridad de las acciones orientadas a revertir los niveles de inseguridad, y tornan opacos los importantísimos discursos de prevención¹³. Y es que, en materia de Derecho penal los grandes partidos occidentales han enarbolado siempre la misma bandera y se disputan el honor de flamear endurecimientos e "integridades", ante la poca confianza en la justicia que genera una necesidad casi permanente de reformas. Inmerso en un estado de liquidez y de inmediatez¹⁴, el "ciudadano consumidor" necesita respuestas fulgurantes, satisfacciones inmediatas que sólo pueden venir dadas desde el ámbito de la declaración política o el activismo legislativo cuyos objetivos *per se*, se pierden por el camino. Impacto y olvido¹⁵. Se consumen leyes penales "en el supermercado de la seguridad" independientemente de la bondad o maldad de las reformas; reformas que casi nunca da tiempo a evaluar porque ya estamos inmersos en la siguiente adquisición, en un ciclo continuo e inagotable. Sin embargo, el sistema penal genera residuos en forma de dolor que al parecer nadie está dispuesto a considerar en su vertiente puramente humana¹⁶.

El concepto de justicia restaurativa se produce, justamente, como una reacción que surge de las ciencias sociales en respuesta a los estragos de la hipertrofia del Derecho penal y a la insatisfacción por los resultados de la justicia penal. Aunque

11 Haciendo un símil de cómo se pretenden resolver todos los conflictos con el inadecuado instrumento del Derecho penal, así como un carnicero no puede dedicarse a todos los oficios: Zaffaroni, en www.derechopenalonline.com.

12 Sobre la gestión social de la pobreza Wacquant, "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal en: Prisiones de la miseria: Estado penal y seguridad ciudadana", cit., p. 70.

13 Calix, "La falacia de más policías, más penas y más cárceles: el problema de la inseguridad y el castigo desde una visión alternativa", en *Nueva sociedad, (Ejemplar dedicado a: ¿Sin salida? Las cárceles en América Latina)*, N.º. 208, 2007, p. 41.

14 Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets, 2007, pp. 7-42.

15 Oliver Olmo, *Impacto y Olvido, la pena de muerte en Navarra (S. XVII-XVIII)*, Pamplona, Salhaketa, 1998, utiliza este término en relación con la aplicación de la pena de muerte en la ciudad de Pamplona cuyo objetivo básico era impactar a la población en un periodo corto de tiempo como elemento ejemplificador con la elaboración de diferentes rituales antes y después de la ejecución que hicieran perdurable su sentido.

16 Highton/Álvarez/Gregorio, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal*, cit., p. 35 afirman que el sistema penal genera más violencia que la que trata de evitar. Por otro lado es éste uno de los rasgos del sistema de justicia penal por el que Hulsman que considera es problemático como sistema de control social: la causa de un sufrimiento innecesario. Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984.

para algunos autores esta aparición no es sino la natural alternativa en el tortuoso camino por la humanización del Derecho penal en la que la justicia restaurativa sería la fase de este oscuro camino para ofrecer respuestas menos afflictivas y más eficaces en el control del crimen¹⁷. El concepto de justicia restaurativa, por tanto, y como se decía anteriormente, ha sido destilado de una evolución que, desde el campo de la criminología y otras ciencias sociales, trata de poner el acento en que la justicia ha pasado de ser una prerrogativa del Estado, a constituirse en un servicio más hacia el ciudadano. En los proyectos de mediación entre víctimas y agresores que se han ido desarrollando progresivamente como fórmula de resolución de conflictos dentro del marco de la justicia restaurativa algunos autores advierten cómo coexisten diferentes movimientos sociales, de distinta ideología¹⁸, entre los que cabe destacar: los movimientos a favor de los derechos de los internos, de las víctimas, el abolicionismo y movimientos que apuestan por fórmulas de resolución alternativa de los conflictos. Sus raíces, por tanto, no son únicas, más bien al contrario, a veces parten de premisas contrapuestas. Importantes en las raíces ideológicas de la justicia restaurativa son las aportaciones de Habermas y su teoría de la acción comunicativa. Para Habermas existe una crisis del control en sentido amplio que se fundamenta en el fracaso del subsistema cultura-familia, escuela, medios de comunicación de masas, etc. En la producción de valores y motivaciones individuales útiles para la acumulación económica y el consenso político. La crisis sólo podrá afrontarse mediante políticas sociales racionalmente dirigidas a relanzar la producción de dichos valores, en definitiva, mediante el paso

17 Así Ceretti/Di Cio/Mannozi, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto in: Il coraggio di mediare: contesti, teorie, pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, 2001, p. 307. Consideran que la humanización del Derecho penal se desarrolla según ciclos históricos que han visto coexistir lógicas sancionatorias diversas: primero la retributiva, posteriormente la preventivo general, seguida de la resocializadora, para ahora pasar a la restaurativa. Un planteamiento similar se encuentra en la famosa pirámide de Hulsman, véase: Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit.

18 Varona Martínez, *La mediación reparadora*, Granada, Comares, 1998, pp. 139-142; Morsch, *Mediation, statt Strafe?*, Bonn-München, Heymanns, 2003, p. 4 considera que desde la crítica al sistema estatal de justicia "los intentos de alternativas reúnen así grupos muy diferentes ideológicos, de la sociedad y político criminales"; Highton/Alvarez/Gregorio, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal*, cit., p. 20, entendiendo que son tres los movimientos que están detrás de la Justicia Restaurativa: la preocupación por las víctimas, la falta de satisfacción con las maneras establecidas de tratar y castigar al ofensor y la conciencia de que existen nuevas alternativas de resolución de conflictos. Martínez Escamilla, "Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, 2008, pp. 466 y ss., dice: "Bajo la denominación justicia restauradora han encontrado cabida múltiples inquietudes de carácter muy diverso, lo que hace que no estemos ante un movimiento bien definido en cuanto a sus contornos y contenido. Así, podrían situarse dentro de esta tendencia propuestas de corte abolicionista que propugnan la devolución del conflicto a las partes, pero también aquéllas que promueven el diálogo entre partes pero articulado en el marco del sistema penal".

de una racionalidad teleológica¹⁹, a otra discursiva que fomente la participación y reduzca la coacción²⁰. En consecuencia Habermas propone la deliberación como forma de profundización en la democracia por encima del juego de mayorías. La acción comunicativa siendo la interacción simbólicamente mediada no busca el éxito, sino el acuerdo tratando de conjugar los planes desde una definición de posiciones comunes²¹. Esto en nuestra opinión puede traducirse en el Derecho penal como la apertura de espacios de diálogo en el hasta ahora monopolio absoluto del Estado en la imposición del correctivo penal, dando entrada a las personas involucradas. En este sentido, mientras la justicia clásica llama a la comunidad en modo absolutamente abstracto e interpersonal, la justicia reparatoria remite a una noción mucho más amplia y vital de comunidad²², habilitando espacios más amplios para la comunicación interpersonal y comunitaria, ahondando de este modo en el concepto de democracia participativa.

Otra fuente ideológica destacable de la justicia restaurativa es el comunitarismo que emplea el concepto de vergüenza como forma de control social²³. Estas corrientes procuran evitar la estigmatización del delincuente que se achacan al Derecho penal, revalorizando el concepto de vergüenza como arma poderosa de inhibición de la conducta reprobada y su reconocimiento público como forma de reintegración a la comunidad mediante la aceptación de sus miembros.

Por su parte, las tesis abolicionistas, si bien sus planteamientos se fundamentan en la resolución del conflicto penal, en un real servicio de la justicia al ciudadano y en la reconstrucción creada por el delito, y por tanto muy cercana a la filosofía restaurativa, como su propio nombre indica, pretenden ir más allá y suprimir el propio

19 En el que el actor se orienta al logro de una meta, elige los medios y calcula las consecuencias de modo que su acción se halla constitutivamente orientada hacia el éxito. Atencia Páez, *La teoría crítica y el pensamiento de J. Habermas*, Málaga, Ágora, 1996, p. 30.

20 Citado en Varona Artinez, *La mediación reparatoria*, cit., p. 53.

21 Atencia páez, *La teoría crítica y el pensamiento de J. Habermas*, cit., p. 30.

22 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 64.

23 Benedict, *El crisantemo y la espada*, Madrid, Alianza Editorial, 5ª Edición, 2006, pp. 102-134, emplea el concepto de culturas de la culpa, donde incluye aquellas derivadas del protestantismo, y culturas de la vergüenza, fuertemente comunitarias, utilizando este último concepto para explicar el comportamiento de los japoneses y su control social a través de instituciones como el ON, que conlleva una obligación moral de devolver lo recibido o la compleja interrelación entre los círculos de deberes en que se ve enredado el individuo, desde su lealtad al Emperador, la familia, la empresa... Este tipo de controles funcionan seguramente mejor en culturas sometidas a una fuerte presión del medio natural y que por tanto necesitan mayor cooperación de sus miembros para sobrellevar las dificultades. Cabe destacar que la extremada cortesía de los japoneses no es a veces más que un medio de evitar todo tipo de conflictos que harían desagradable la convivencia en una comunidad pequeña o en una isla, donde resulta imposible la evitación.

sistema penal²⁴. Si bien es complicado hacer una reflexión acerca del estado actual de las tesis abolicionistas y su desarrollo futuro²⁵, lo que sí se puede afirmar es que el abolicionismo penal ha dejado como su más preciosa herencia un concepto que ha contribuido a fundar la idea de una renuncia a la gestión formalizada del conflicto, a *"una reapropiación del conflicto de parte de la comunidad en cuyo seno se ha forjado el delito o simplemente ha encontrado su expresión"*²⁶. En este sentido, la mayoría de autores se refieren a Christie en su clásica monografía *"conflicts as property"*²⁷. Para este autor, la parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada totalmente fuera del escenario y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble: primero frente al delincuente y segundo -y a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en la que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida²⁸. Christie analiza los que él denomina "ladrones" del conflicto, entre los que distingue a los ladrones profesionales, singularmente los abogados, y los ladrones estructurales. Sin embargo, "los conflictos representan un potencial para la actividad, para la participación. El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos"²⁹. Por su parte el delincuente, igualmente, pierde la oportunidad de explicarse frente a alguien cuyo juicio podría haber sido importante. Ha perdido, de este modo, una de las posibilidades más importantes para ser perdonado³⁰. En conclusión, la corriente abolicionista/comunitarista aboga por una justicia "psicológicamente vecina" a los individuos que las requieren³¹, situándose el

24 Si bien es cierto que no todos los autores abolicionistas, o no siempre, han realizado un planteamiento de supresión absoluta del sistema penal. Así Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit., p. 71, si bien comenzó planteando la irrenunciabilidad de la intervención penal para algunos delitos (los objetivamente graves), terminó planteando la abolición de todo el sistema penal. Considerando que su planteamiento no es una utopía sino una necesidad lógica, una gestión realista y una demanda de justicia.

25 Aborda esta cuestión Steinert, "Mas allá del delito y de la pena", en *El abolicionismo penal* (Trad. Ciafordini/Bondanza), Buenos Aires, Editorial Ediar, 1989, pp. 35 y ss.

26 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 36.

27 Christie, "Conflicts as property", in *British Journal of criminology*, vol.17, issue 1, 1977, pp. 1-15. Disponible en español en <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html>

28 Ibid, p. 162.

29 Ibid, p. 169.

30 Ibid, p. 172.

31 Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit. p. 159.

éxito en el momento en que se da la restitución entre las partes del conflicto o en vía mediata en el conocimiento de parte de la víctima, del infractor y de la comunidad de referencia, de las principales consecuencias individuales y sociales del conflicto³².

Sin aceptar el modelo abolicionista puro, la mayoría de autores y movimientos impulsores del modelo de justicia restaurativa se decantan por entender que sus instrumentos y filosofía pueden y deben desarrollarse de manera complementaria al actual sistema de justicia penal, sin pretender hoy por hoy una sustitución, por tanto, del mismo. Las razones son diversas y van desde el pragmatismo a la exigencia de la pervivencia del Derecho con su sistema de garantías intacto a fin de prevenir la violencia y mantener la legitimidad democrática de las actuales instituciones. Esta inclusión no queda, no obstante, exenta de problemas, de modo que surgen para algunos autores complicaciones en el cumplimiento de los principios de un proceso penal garantista y situaciones en las que el concepto de justicia restaurativa se difumina, como en los delitos de peligro abstracto o en aquellos en que no existe víctima en sentido estricto o en todo caso la víctima es difusa, en los delitos imprudentes o las tentativas. Sin embargo, por razones obvias de espacio no ahondaremos en estas eventuales problemáticas, ciñéndonos sólo a la problemática marcada en la introducción de este trabajo.

2. El concepto de justicia restaurativa

Hoy por hoy la característica fundamental del concepto de justicia restaurativa tal vez sea su indefinición o, más bien, sus contornos propiamente difusos³³ y sustancialmente diferentes dependiendo de la realidad nacional de cada Estado³⁴. La dificultad objetiva de asumir una noción de justicia restaurativa universalmente aceptada, o cuanto menos pacífica en sus componentes esenciales, induce a seguir en un continuo estudio teórico general³⁵, pero en el que probablemente se habrá de atender a la realidad nacional e internacional de cada Estado³⁶. Sin embargo, algunos

32 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 36.

33 Ibid, p. 44.

34 Morsch, *Mediation, statt Strafe?*, cit., p. 5, si bien hablando de mediación y no de justicia restaurativa en sentido estricto, apunta como "Las direcciones de las que viene la idea de la mediación son tan diferentes que su idea de la mediación y su forma en la realidad nacional e internacional también son muy diferentes y el punto central de diferenciación es el grado y volumen de la integración del concepto correspondiente en el sistema de derecho vigente."

35 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 44.

36 Por poner un ejemplo, obsérvese que la StPO alemán, recoge en el parágrafo 153 a) la reparación del daño, como una imposición u orden que el juez podrá imponer y con la cual podrá sobreseer provisionalmente la causa. La reparación del daño se introduce como una pseudo pena, como una

autores se han atrevido a realizar un enunciado de la misma, otros se limitan a darla por supuesta y, un tercer grupo, la identifica directamente con lo que no es más que uno de los métodos para conseguirla, es decir, la mediación³⁷. La Resolución Europea adoptada

imposición. El párrafo 153 a) StPO establece: "(1) Con el consentimiento del Tribunal competente para la apertura del plenario y con el consentimiento del acusado la Fiscalía, en un delito-grave, puede sobreseer la acusación provisionalmente y a la vez imponerle al acusado imposiciones y órdenes si estas son aptas para eliminar el interés público en la persecución penal y si la gravedad de la imprudencia no está en contra. Pueden ser imposiciones u órdenes especialmente: 1.- Hacer una reparación del daño causada por el hecho; 2. Pagar dinero a favor de una institución social o a favor de la caja estatal; 3.- Hacer trabajos en interés común; 4.- Pagar alimentos de cierto volumen; 5.- Esforzarse seriamente en conseguir una compensación con el dañado y reparar con ello su hecho del todo o en mayor parte o intentar su reparación; 6.- Participar en un seminario de tráfico según los §§ 2 b párrafo 2 inciso 2 o §§ 4 párrafo 8 frase 4 del StVG. "Para el cumplimiento de las imposiciones y ordenanzas, la Fiscalía le pone al acusado un plazo máximo de seis meses en los casos del párrafo 2 n° 1-2-, 5 y 6 y de un año en el caso de la frase 2 n° 4. La fiscalía puede levantar imposiciones y ordenes posteriormente o prolongar el plazo una vez cada tres meses. Con el consentimiento del acusado también puede levantar imposiciones y órdenes o cambiarlos. En Italia, aparte de lo previsto en el derecho de menores y de diferentes proyectos que se han ido realizando desde 1995 en ciudades como Torino, Bari, Milano, Trento, Venezia, Salerno..., se ha introducido la posibilidad de mediación en el proceso penal de adultos a través de las funciones del Juez de Paz. Por primera vez, el art. 29 d.lgs 274/2000 recogía la posibilidad del Juez de invitar a las partes a la mediación en vista de la remisión de la querrela. Así el Derecho penal posibilita, en determinadas condiciones, que la solución a la controversia se haga por agencias extrajudiciales y una vez se obtiene un resultado positivo reapropia esa solución metabolizándola a través de mecanismos de archivo o extinción del delito. El catálogo de delitos mediables por el d.lgs 274/2000 se caracteriza por las siguientes constantes criminológicas: a) el autor es siempre una persona física desprovista de particulares cualificaciones subjetivas; b) existe siempre una víctima persona física; c) la víctima es perfectamente identificable a partir de la construcción del hecho típico; d) la gravedad del delito es objetivamente modesta; e) el bien jurídico ofendido es siempre personal. Véase: Mannozi: *Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 25.

37 Definiciones de justicia restaurativa de autores traducidos o en lengua castellana: pueden ser las que siguen: Roxin, citado por Galain Palermo, "¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? especial consideración a la posición de Claus Roxin", en REDUR No3, 2005, p. 202; se puede consultar en: http://www.google.es/search?hl=es&rlz=1W1GGLL_es&sa=X&ei=js0qTzHeJYqb8QOf1-WjAg&ved=0C BYQBSgA&q=%C2%BFLA+REPARACI%C3%93N+DEL+DA%C3%91O+COMO+TERCERA+VIA+PUNITIVA%3F+GALAIN+PALERMO&spell=1

Elabora su concepto desde la perspectiva puramente jurídico-dogmática al insistir en que es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida como una "tercera vía" del derecho penal. "Así como la medida sustituye o complementa la pena, en aquellos casos en los cuales esta última, en razón del principio de culpabilidad, no se puede justificar o sólo limitadamente, la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales conenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna. Así como el principio de culpabilidad reclama la segunda vía de la medida, el principio de subsidiariedad suministra la legitimación político jurídica de la reparación. Ella es un instrumento autónomo para la consecución de los fines de la pena, evitándola o atenuándola"; Varona Martínez, *La mediación reparadora*, cit., p. 77 considera que la justicia restaurativa se dirige hacia el otorgamiento de una importancia mayor a la víctima de la que tiene actualmente, cuestión que determina el nacimiento del concepto de justicia restaurativa enfocada como un proceso por el que todas las partes implicadas participan en la resolución del conflicto, que se configura colectivamente, determinando sus implicaciones a futuro, con el objetivo de reparar material, social y emocionalmente a la víctima, reintegrar al infractor dentro de la comunidad para prevenir la reincidencia y promover recursos dentro de la comunidad para la prevención del delito y para el manejo de los problemas; Hernández García/Ortuño Muñoz, "Sistemas alternativos

por el Economic and Social Council (ECOSOC)³⁸ o Consejo Económico y Social (CES) en su punto tercero afirma que por “*justicia restaurativa se entiende aquel procedimiento por el cual la víctima y el reo, u otro individuo o miembro de la comunidad lesionada por un delito, participan activamente de manera conjunta en la resolución de las cuestiones relativas al ilícito penal, generalmente con la ayuda de un facilitador*”. Y es que, sea cual sea la definición que se aporte al hablar de justicia restaurativa, en la base de la misma siempre se encuentra la filosofía que atiende prioritariamente al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los

a la resolución de conflictos (adr): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, en Documentos de trabajo (laboratorio de alternativas), N° 11, 2007, p. 60, consideran que la “justicia restaurativa, para cuyo desarrollo la mediación constituye un instrumento fundamental, se presenta como una respuesta a la crisis de las finalidades tradicionales del ius puniendi del Estado, posibilitando el retorno de la víctima, mediante la atribución de un rol protagónico, al escenario penal”. Para estos autores, que identifica justicia restaurativa con el concepto y práctica de la mediación, ésta se desarrolla sobre tres ejes: deslegalización, desjudicialización y desjuridificación. Manzanares Samaniego, *Mediación, reparación y conciliación en Derecho penal*, Granada, Comares, 2007, pp. 16 y ss.; no da una definición sino que pretende descubrir su sentido al decir que “la justicia restaurativa, reparadora o reparativa pretende sustituir el Derecho penal, o al menos la punición, por una reparación en la que, de un lado, la víctima (y también la comunidad) desempeñaría el papel central en la respuesta al delito y en la pacificación social, mientras que, de otro, se prescindiría en mayor o menor grado de la retribución como eje de una justicia con síntomas de agotamiento”. Gordillo Santana, *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, lustel, 2007, p. 60, define, siguiendo a diversos autores, el concepto de justicia restaurativa alegando que “se trata de un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”. Para este autor, siguiendo a Ashworth, “en esta definición se recogen tres notas esenciales: la idea de proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdo restauradores”. Palma Chazarra, *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, tesis doctoral dirigida por Borja Mapelli Caffarena, Sevilla, 2007, pp. 498 (www.fondosdigitales.us.es/tesis/), define el modelo como “un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen no sólo causa daños a las personas sino también a las comunidades, se insiste en que la Justicia tiene que reparar esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de Justicia Restaurativa, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que puedan directamente involucrarse en dar una respuesta a las infracciones penales. Ellos llegan a ser el centro de este modelo, junto con otros profesionales adecuados, de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor, la reparación a la víctima y la total participación de ésta, el infractor y la comunidad. Surge un nuevo modelo que se ha alejado del debate tan manido y cansado del castigo y se ha ido abriendo sostenidamente el camino para el tercer modelo – la justicia restaurativa- que se fundamenta en responsabilizar a la persona, tanto mayor como menor de edad, que ha cometido una infracción, frente a su víctima y la comunidad.” Para esta autora por tanto “La Justicia Restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la Justicia”; Ríos Martín/Martínez Escamilla/Segovia Bernabé/Gallego Díaz/Cabrera/Jiménez Arbelo, *Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ*, 2008, p. 14, disponible en www.icasal.com/pdf/.../Inf%20MedPenal%20Estatal%20CGPJ.doc, entienden que la Justicia Restaurativa es “La filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización de infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”.

directamente afectados (víctima e infractor), “devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones dentro del mismo con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por ellos”³⁹. Se trata por tanto de un modelo de justicia que participa en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo⁴⁰, tanto al infractor, como a la víctima, como a la sociedad, a fin de promover la reparación del daño causado, la reconciliación entre las partes y el reforzamiento de la comunidad. Un modelo de mediación penal, el que se vive en la mayoría de países de “tradición” occidental, que no es paralelo al sistema penal, sino una forma de resolver conflictos dentro de éste⁴¹. No significa salirse del ámbito y del proceso penal para abordar la resolución del mismo, sino crear diferentes momentos de éste donde se pueda realizar, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que esto pueda tener en el propio proceso y en los intervinientes. Sin embargo, no se puede obviar cómo la fórmula permite un espacio de autogestión del conflicto por parte de las partes implicadas, si bien éste se produce dentro del marco de proceso penal, en detrimento de la potestad del juez o tribunal, lo que es, sin ningún género de duda, su mejor cualidad.

Sin ánimo de dar una definición exhaustiva y omnicomprensiva, consideramos que en el concepto de justicia restaurativa son varias las ideas interesantes que cabe destacar desde los diferentes ámbitos de conocimiento que han abordado la cuestión.

En primer lugar, desde el ámbito de la Criminología, se ha expresado una atención creciente a las necesidades de la víctima del delito y a la necesidad de su participación en el proceso formal penal, que hasta ahora se le ha negado, tanto desde el punto de vista emocional-sentimental, como desde el punto de vista de atender a su opinión a la hora de configurar los efectos reparatorios previstos por las legislaciones penales y las consecuencias para el victimario. Esta corriente confluye con aquella que ha puesto en evidencia los riesgos de la victimización del infractor por parte del sistema penal (y sobre todo del penitenciario)⁴², yendo unida irremediabilmente a la crisis de la

39 Rios Martín/Martínez Escamilla/ Segovia Bernabé/Gallego Díaz/Cabrera /Jiménez Arbelo, *Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ*, cit., pp. 14 y ss.

40 Adelantamos en este momento que en este artículo entendemos que los actos que dan lugar a los ilícitos penales son considerados, al igual que el paradigma restaurativo, conflictos. No existe una definición indiscutible del concepto de conflicto; así los distintos estudiosos del conflicto y su resolución han planteado diferentes definiciones, entre las cuales nos es de interés destacar la de Redorta, *Como analizar los conflictos: la tipología del conflicto como herramienta de mediación*, Barcelona, Ed. Paidós, 2004, quien define el conflicto como “La coincidencia de, por lo menos, dos metas distintas o incompatibles dentro del ámbito de las relaciones personales o sociales”.

41 Highton/Álvarez/Gregorio, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal*, cit., p. 35: “no pretende ser la mediación sustitutiva sino complementaria a la justicia penal”; Martínez Escamilla, “Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit., p. 465.

42 Es la llamada victimización terciaria.

resocialización y del tratamiento y al cuestionamiento de la eficacia de la ejecución de la pena privativa de libertad como consecuencia reina en el proceso penal.

En segundo lugar, desde el ámbito de la dogmática del Derecho penal, como intento de construcción de una tercera vía punitiva⁴³, tratando de configurar la reparación como respuesta al delito y abriendo el debate sobre el principio de oportunidad en el proceso penal, al margen de las vías de política criminal actualmente existentes para fomentar la reparación del daño. Sin embargo, no toda la doctrina penalista comparte esta posibilidad⁴⁴, y en este sentido, un ejemplo de ello es la decisión de la Comisión de estudio para la mediación penal y la justicia reparatoria de 26 de febrero de 2002 del Ministerio de Justicia Italiano, que determinó en este sentido que la reparación del daño en ningún caso será una respuesta del ordenamiento al hecho criminal⁴⁵.

Por último, desde el ámbito de la filosofía, con la introducción de los procesos de diálogo en el sistema penal, dentro de la profundización en la democracia que se define como deliberativa. En este sentido, desde la perspectiva de la justicia restaurativa, el delito, perdiendo su dimensión unilateral y adquiriendo un valor "relacional" configurándose como una ruptura del vínculo de la coexistencia social⁴⁶, supera la concepción del delito como mera violación de la norma jurídica acogiendo una visión "alargada"⁴⁷ del hecho criminal que requiere de otros mecanismos diferentes a la pena, o aparte de la pena que ahonden en la complejidad del hecho delictivo por ser una realidad mucho más compleja.

Una vez efectuada una vista rápida a las raíces conceptuales de la justicia restaurativa la pregunta central es si cabe o no este "nuevo paradigma" del sistema penal y de comprensión del delito en las estructuras de nuestra "teoría del delito" y en nuestro Derecho penal. Es decir, si la concepción amplia de delito desde la perspectiva del conflicto adoptado por la justicia restaurativa puede convivir con los

43 En este sentido Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Thomson- Civitas, 2003, reimpr., pp. 109s quien considera que "la legitimación político jurídica de la reparación del daño como una 'tercera vía' del sistema penal alemán de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad. Así como la medida sustituye o completa la pena como 'segunda vía' donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivo especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituirá como 'tercera vía' a la pena, o la atenuará complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada".

44 Según Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 378, la mediación se situaría como una tercera vía a los paradigmas retributivos y reeducativos pero no considera en ningún caso que la reparación del daño que deviene de un posible proceso de mediación pueda ser de ningún modo una pena.

45 Véase en www.giustizia.it.

46 Peroni/Gialuz, *La giustizia penale consensuale*, Torino, Utet, 2004, p. 107.

47 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 24.

finés y funciones declarados por la doctrina penal. Para ello, en adelante, abordaremos el tema de la justicia restaurativa desde el punto de vista de los fines y funciones del sistema penal para posteriormente centrarnos en las funciones que materialmente puede adoptar la mediación como instrumento para la justicia restaurativa, en el sistema y la justicia penal. En todo caso queremos advertir que el que se mencionen en este trabajo todos los fines del Derecho penal, no significa que aceptemos como válidas todas las posturas. Se trata de una mera descripción de perspectivas, no una toma de posición.

3. Los fines de la pena y la justicia ¿Caben los modelos de justicia restaurativa en el actual modelo penal?

En este trabajo partiremos de la idea de que el Derecho penal tiene como función formalmente declarada la de proteger los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves⁴⁸. Con el fin de precisar cómo el Derecho penal pueda llevar a cabo esta función, los estudiosos se han encargado, en cada etapa histórica de la evolución de la teoría de los fines de la pena, de definir cuáles serán precisamente estos objetivos que guíen la pena, a través de la retribución, la prevención general (positiva y negativa) o la prevención especial (igualmente en las facetas positiva y negativa), con diferentes grados de orientación o de olvido hacia esa inicial función del Derecho penal. Así, es necesario advertir que incluso en quien se rige en el análisis por la función última de protección de bienes jurídicos, el instrumento de la pena, con cualquiera de sus finalidades, presenta una paradoja de base, y es que la pena implica en sí la lesión de otros bienes jurídicos, idea que retomaremos más adelante.

Por otro lado, nos encontramos que en la actualidad la política criminal predominante, las consecuencias jurídicas del delito, las sucesivas reformas del Código Penal tendientes al endurecimiento de éste, etc.⁴⁹, provocan, con frecuencia,

48 Esta es la opinión mayoritaria en la doctrina penalista española. Así entre otros muchos: Muñoz Conde/García Aran, *Derecho penal. Parte General*, 2ª edic, Valencia, Tirant, 1996, pp. 57-66; Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 7ª Edición, Madrid, Editorial Universitas, 1999, pp. 324-329; Mir Puig, *Derecho penal, Parte General*, 7ª edición, Editorial Reppertor, 2004, pp. 128-130; Quintero Olivares, *Parte General del Derecho penal*, Thomsom Aranzadi, 2005, pp. 78-84. En Alemania, sin embargo, las teorías funcionalistas lideradas por Jakobs han tenido una gran repercusión. Véase, la compilación de trabajos entorno al bien jurídico: Hefendehl (ed): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007. Mantienen la función de protección de bienes jurídicos: Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, cit., pp. 52-58; Jeschek/Weigend, *Tratado de Derecho penal*, Granada, Comares, 2002, pp. 7-9. En contra: Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 1995, pp. 47-55. En Italia mantienen que el Derecho penal tiene como fin la protección de bienes jurídico, entre otros: Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 175-184; Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, Quinta Edizione, Cedam, 2007, pp. 179-221; Fiandaca / Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, 2008, pp. 4-29.

49 Véase, entre otros: Díez Ripollés, *La irracionalidad de las leyes penales: teoría y práctica*, cit.; Díez Ripollés,

que el sistema penal sea visto como un recurso únicamente retributivo⁵⁰. Todo esto está dando lugar a una tendencia en la que los primordiales fines preventivo generales positivos y negativos y de prevención especial que la doctrina ha tratado de desarrollar y dotar de contenido a lo largo de la historia de la teoría de los fines de la pena queden relegados y obviados por la idea funcional de castigo⁵¹, que se traduce en un rigor punitivo cada día mayor del que ya nos hacíamos eco al comienzo de este trabajo. Pero a pesar de estas apremiantes tendencias, el Derecho penal sigue teniendo en las construcciones teóricas, como función, la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables⁵². Así, siendo éste el fin del Derecho penal y no siendo la justicia y la resolución de conflictos procedimientos opuestos o sustitutorios⁵³, más bien al contrario, se plantea la idea de que el Derecho penal, a través de fórmulas alternativas o complementarias institucionalizadas de resolución de conflictos, sea también útil, en la instancia que le corresponde, para solucionar los conflictos surgidos del ilícito penal⁵⁴. Además, en este sentido, y volviendo a la paradoja que planteábamos anteriormente este es el modo idóneo de, si no resolver esa paradoja de “proteger bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos”, sí hacerlo “menos paradójico”: el Derecho penal será en su caso un posible instrumento menos lesivo de bienes jurídicos, y más y realmente protector de los mismos, sin caer

“El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *RECPC*, N°6, 2004, pp. 1-24; Díez Ripollés, “La nueva política criminal Española”, en *Eguzkilore*, N° 17, 2003, pp. 65-89.

Sin embargo, con esta afirmación no queremos expresar que anteriormente la situación fuese diferente. Es decir, el sistema penal sus consecuencias y sus instituciones siempre se han caracterizado por su respuesta “dura”, por su castigo y por su autoridad. Sin embargo, tal vez, a partir de los años 60 se dio un punto de inflexión en el que las críticas al sistema penal y su falta de credibilidad dieron lugar a una respuesta político criminal virulenta, la cual progresivamente se ha reproducido en forma de endurecimiento de esas respuestas e instituciones.

- 50 Hasta el punto que se puede afirmar que la justicia penal se traduce para las personas legas en derecho en la lógica de la “ley del Talión”; así: Mazzucato, “Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della “reliance””, en *Rigenerare i legami: La mediazione nelle familiari e sulla famiglia*, coordinado por Giovanna Rossi, *Vita e pensiero*, Milano, 2004, p. 155.
- 51 Mazzucato, “La mediazione nel sistema penale minorile”, en: *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, Milano, Franco Angeli, 1998, p. 118.
- 52 Un exhaustivo estudio acerca de las diferentes teorías lo encontramos en Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007. Igualmente podemos encontrar un excelente resumen de las diferentes teorías en Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, cit., 1996, pp. 68-70, 78-80.
- 53 En este sentido Vinyamata Cam, *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación y negociación*, Ariel Practicum, 1999, pp. 73-79.
- 54 Algunos autores han reparado en la valoración negativa del servicio público de la justicia hablando de un derrumbe del mito de la justicia. En este sentido: Hernández García/ Ortuño Muñoz, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, cit., pp. 15-17.

en el absurdo de que para proteger bienes jurídicos haga falta lesionar otros, y que los bienes jurídicos que inicialmente se querían proteger ni siquiera se protejan.

Además es preciso advertir, con el objetivo de contextualizar adecuadamente el “panorama criminal cotidiano”, que los asuntos que muchas veces llegan a las instancias penales son asuntos que no siempre tienen una valoración o calificación penal como grave. Las faltas o contravenciones (para los ordenamientos jurídico-penales en que existan) ocupan un buen número de los asuntos que llegan a los tribunales, cuyo reproche penal no es por tanto muy relevante, pero cuyo contenido conflictual es muy alto. Igualmente se suceden delitos donde la historia del conflicto entre las partes implicadas llega a sus niveles más álgidos llegando incluso a las instancias penales y donde la intervención de la justicia penal “tradicional” se torna absolutamente insatisfactoria para las partes a la hora de resolver el conflicto que late en el fondo de la infracción⁵⁵. En este sentido no podemos obviar que, muy probablemente, en relación a lo que se planteaba en la introducción de este trabajo, determinadas infracciones calificadas de relevancia penal ya sean denominadas faltas o contravenciones simplemente no debieran ser catalogadas como tal. Por un lado porque no alcanzan ni siquiera la lesividad suficiente para traspasar la barrera de la intervención mínima del Derecho penal y por otro lado porque la no intervención penal sería seguramente (como en tantos otros casos) lo más adecuado para la resolución del conflicto y para no perpetuar las situaciones que generan la comisión de hechos calificados como penales.

Igualmente se ha advertido en varias ocasiones que el Derecho penal no es capaz de resolver todos los conflictos surgidos en la sociedad, más bien al contrario: su intervención se reduce a proteger bienes jurídicos a través de la lesión de aquellos vinculados con la persona del eventual infractor olvidándose de la situación conflictiva que el delito genera o que pudiera existir antes de su comisión. Partiendo siempre de esta premisa, la propuesta que aquí se hace es que, una vez llegados irremediamente a dicha intervención, también, con una adecuación de los medios materiales y personales esto se pueda conseguir. Son las fórmulas alternativas, o complementarias, institucionalizadas, a las que nos referimos, las que, por un lado, ayudarán a una real solución de los conflictos surgidos del ilícito penal⁵⁶ y son estas fórmulas las que ofrece la justicia restaurativa; y por otro sentarán las bases de construcción de una justicia más humana y cercana para las personas. La propuesta, ante todo, parte de una

55 No podemos obviar que también existen delitos sin historicidad, es decir delitos en los que el suceso que da lugar a una acción típica y antijurídica no se retrotrae a una situación anterior o a una sucesión de hechos conflictivos que finalmente dan lugar a la comisión del delito.

56 Teniendo en cuenta, además, que el sistema de Derecho penal, en ocasiones, genera más violencia de la que trata de evitar Highton/ Álvarez/Gregorio, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal*, cit., p. 19.

realidad social compleja en las personas, como antes expresábamos, que demandan una protección permanente ante los posibles riesgos que puedan acontecer, y en la que, lejos de planteamientos utópicos que tienden a mirar a la sociedad como grupo cohesionado e integrado, ofrece una mayor batería de instrumentos que intervengan en el hecho conflictivo que genera el delito⁵⁷.

La cuestión que se plantea como fundamental en este apartado, a tenor de todo lo expuesto hasta el momento, es si este modelo de justicia, cualquiera que sea la forma que se adopte, es compatible con los fines de la prevención general positiva o negativa y de la prevención especial declarados sistemáticamente por la doctrina penalista actual o por el contrario es un planteamiento que dista de estos fines. A nuestro entender, la introducción de la filosofía de la justicia restaurativa dentro del sistema penal no menoscabaría, sino al contrario, los fines que formalmente plantea el Derecho penal⁵⁸. Si bien la justicia restaurativa introduce elementos claros de un nuevo paradigma en Derecho penal⁵⁹, entendemos que éstos no chocan con los fines declarados por esta instancia; por el contrario, aportan con su perspectiva interesantes elementos para la consecución de los mismos⁶⁰. En este sentido haremos brevemente algunas reflexiones al respecto de por qué es posible justificar la introducción de modelos de justicia restaurativa sin menoscabar ninguno de los fines declarados del Derecho penal⁶¹.

En cuanto a la prevención general positiva fue Roxin uno de los primeros autores que planteó la compatibilidad de la reparación con los fines de prevención general y prevención especial. Así se plantea Roxin incluso la posibilidad de que la reparación

57 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 98.

58 No obviamos que en cada ordenamiento jurídico se concreta qué fines son los que se asumen por el Derecho penal. Es precisamente para evitar esto por lo que en este trabajo se hará mención como se ha dicho a los fines del Derecho penal de prevención general negativa y positiva y prevención especial positiva. Por su parte no se hará referencia a los fines retributivos o de prevención especial negativa en tanto en cuanto el contenido de los mismos no tienen adecuación alguna a la perspectiva de la justicia restaurativa. La filosofía restaurativa, de hecho, podríamos decir que choca frontalmente con las perspectivas retributivas y de prevención especial negativa.

59 Peroni/Gialuz, *La giustizia penale consensuale*, cit., p. 107, afirma cómo en la justicia restaurativa el delito pierde su dimensión "unilateral" y adquiere un valor "relacional" configurándose como una rotura del ligamen de coexistencia humana y social.

60 En contra, entendiendo que la introducción dentro de las funciones del Derecho penal de la búsqueda de solución del conflicto entre autor y víctima implica confundir el Derecho penal con el Derecho Civil y desnaturaliza su función y su carácter público Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 176.

61 No obstante, igualmente nos interesa mostrar en esta sede que las posibilidades preventivas del Derecho penal pueden ser más estrechas que las que teóricamente le atribuyen y algún autor, incluso, a considerado sean sumamente limitadas, en este sentido Viehmann, *Täter-Opfer-Ausgleich uns Strafrecht in: Wiedergutmachung und strafrechtpraxis*, Bonn, Forum Verlag, 1993, pp. 206-207.

fuese un nuevo fin del Derecho penal, abogando finalmente por la innecesariedad de esta fórmula en cuanto que la reparación es un factor que tiene efectos preventivos especiales o generales (o en ambas direcciones). Entiende este autor que la reparación tiene que ser considerada una circunstancia relevante en el marco de los fines de la pena tradicionales pero sin ser éste un fin del Derecho Penal ya que la reparación es un instrumento de utilidad preventiva para el Derecho Penal⁶². La consideración de la reparación en el sistema de sanciones, dice Roxin, no significa reprivatización alguna del Derecho Penal o promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla⁶³.

El delito entendido por Roxin como un problema social y comunitario da pie a que el término "pacificación social", acuñado por el mismo autor⁶⁴, provoque que los fines de prevención general positiva y la reparación entren en íntima relación siendo la reparación útil para conseguir los fines de pacificación social inherentes, también, a los fines preventivo generales positivos⁶⁵. Por tanto, siguiendo la tesis de Roxin, la reparación, los modelos de justicia restaurativa, estarán en paz con los fines de prevención general positiva en tanto que un modelo restaurativo suma en positivo la resolución del conflicto social provocado por el delito que dará lugar a una mejor consecución de los fines preventivo generales positivos. La reparación entre las partes intervinientes en un conflicto estará provocando la reestructuración y la solución de un conflicto entre las partes y será extensible a la sociedad (pacificación) colaborando de forma inmediata al cumplimiento de los fines de prevención general positiva⁶⁶. En cuanto a la prevención general negativa, son algunos autores los que con respecto a la misma, entienden que como dicha teoría es consustancial a la intimidación, a la amenaza de un mal, si la respuesta jurídico penal consiste en un proceso de mediación u otro de índole restaurativa o reparadora, el efecto intimidador de la norma se vería

62 Roxin, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en *Justicia penal y sociedad*, 1991, p. 146; Roxin, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 108-110.

63 Roxin, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", cit., p. 147.

64 Martínez Escamilla, "Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit., pp. 465 y ss. Utiliza igualmente el concepto de pacificación social Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 401.

65 Roxin, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 109.

66 En este mismo sentido Lugnano, *La mediazione penale*, cit., p. 13 entendiendo que la mediación con sus características, logra hacer sentir a los ciudadanos parte activa en la prevención de los conflictos en cuanto demanda suya, en primera persona, y en la gestión de la situación en una óptica positiva y de resolución.

mermado y el fin de prevención general negativa quebraría⁶⁷. Sin embargo, siguiendo a Martínez Escamilla⁶⁸, se considera que esta afirmación no es convincente. Los argumentos que la autora esgrime y que compartimos son dos. Por un lado, dice que no es convincente esta conclusión porque el modelo de justicia restaurativa o reparadora que se propone no pretende sustituir de forma generalizada a la sanción penal. Por tanto, seguirá existiendo un mal, la pena o medida de seguridad, con efectos intimidatorios. Es decir, la asunción de un modelo restaurativo no dará lugar siempre a que las consecuencias jurídico penales del delito, pena o medida de seguridad en su caso, no se impongan. Si bien es cierto que el éxito de un proceso de resolución de conflictos como la mediación puede ser considerado en la medición de la pena⁶⁹, esto no significa que siempre sea así o no de la misma forma. Pero es que además, enlazando con el segundo de los argumentos de Martínez Escamilla, hay que tener en cuenta que no sólo la imposición de la pena y su ejecución tiene efectos intimidatorios. También los tiene el no querer ser descubierto y el temor al verse inmerso en un procedimiento penal, el ser etiquetado como infractor, consecuencias de tipo social. . . Existe toda una batería de consecuencias colaterales a la determinación, imposición y posterior ejecución de la pena que no son ni mucho menos insignificantes. En este sentido Mannozi⁷⁰ entiende que la obligación de reparar el daño a la víctima sirve en el discurso de la prevención general negativa, en la “coacción psicológica” y de control. Y lo hace, dice, sobre todo en la criminalidad económica y de cuello blanco donde el

67 Entre otros: Silva Sánchez, “Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación”, en *PJ*, 45, 3ª época, 1997, p. 188.

68 Martínez Escamilla, “Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit., pp. 490 y ss.

69 En los diferentes proyectos piloto que se comenzaron a realizar en el Estado Español con el apoyo del Servicio de Planificación del CGPJ se determinaron algunas de las consecuencias jurídicas que la participación positiva y el alcance de un acuerdo de mediación podrían suponer. Estas han sido recogidas en: Ríos Martín/Martínez Escamilla/Segovia Bernabé/Gallego Díaz/Cabrera/Jiménez Arbelo, *Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial* del CGPJ, cit. y se diferencian según la fase del proceso penal en el que se realice la mediación. Así la que se realiza con anterioridad al enjuiciamiento del hecho delictivo tiene su principal concreción legal en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima prevista en el art. 21.5 CP. La mediación que se realiza en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad tiene posibilidades de ser valorada, cuando la persona no se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario, en los supuestos de suspensión ordinaria —arts. 80 a 86 CP, suspensión de la pena para personas que han cometido delito por adicción a algunas de las sustancias del art. 20.2 CP; art. 87 CP, suspensión durante la tramitación del indulto; valoración de la conciliación a los efectos de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 88 CP. En la fase de ejecución, cuando la persona se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario: variable a tener en cuenta para la clasificación inicial en régimen abierto, valoración positiva para la concesión de permisos penitenciarios, valoración para la exclusión del período de seguridad, valoración para la concesión de la libertad condicional, valoración para la aplicación de la libertad condicional anticipada del art. 91.2 CP.

70 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., pp. 83 y s.

sujeto se comporta generalmente de modo racional, sopesando ventajas y riesgos de la propia actuación criminal. Ha de tenerse en cuenta que el tener que enfrentarse a las consecuencias de un hecho es muy complicado. Nos referimos no sólo al hecho de tener que pasar por una sucesión de diligencias de investigación o tener que ser juzgado y enfrentarse a toda una serie de actores en la vista oral. Si de lo que se trata es de resolver un conflicto significa que el esfuerzo que se requerirá, seguramente, será mayor.

Por último, se considera aquí, como advierte igualmente Mannozi, que hay que tener en cuenta que el efecto intimidatorio o preventivo general no es el único que el legislador considera a la hora de establecer la respuesta penal. Las consideraciones preventivo especiales ocupan un importante papel. En este sentido, siguiendo a Luzón Peña⁷¹, se advierte que el fundamento de la prevención general trae consigo la obligatoriedad de demostrar continuamente la necesidad de la pena. Al respecto, Luzón Peña plantea si la imposición de una pena por debajo de los límites marcados por la proporcionalidad o incluso por debajo del marco del hecho típico provoca una merma en la intimidación general, o por el contrario por requerirlo exigencias de prevención especial, sería adecuado adoptarlo sin deterioro de la prevención de intimidación. Entendemos aquí que el hecho de que la pena quede por debajo de la cuantía de pena que corresponde conforme al principio de proporcionalidad al hecho, o incluso por debajo del marco penal típico no supone necesariamente una merma de la intimidación general⁷². Habrá que atender siempre a cada caso. Por tanto, la introducción de modelos de justicia restaurativa en el proceso penal, no suprimiendo las respuestas jurídico penales que pudieran corresponder al hecho, pero sí adecuándolas a cada caso, tal y como requiere la propia prevención general negativa en conjunción con la prevención especial, no supondrá en ningún caso una quiebra de estos fines de Derecho penal, más bien al contrario. Y entendemos que más bien será al contrario porque la posible rebaja de pena que podría llevar aparejada la participación en un proceso de justicia restaurativa revertiría muy positivamente en la adecuación de la pena al sujeto en pro de la prevención especial positiva. En todo caso habrá que atender como decíamos al caso concreto y para ello, se encuentra la intervención en el papel que le corresponda al juez, fiscal y abogados.

Mención especial merecen las tesis de Eusebi⁷³ y Mannozi⁷⁴, quienes consideran

71 Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 39.

72 Ibid, p. 39.

73 Eusebi, "Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"", en Picotti (coord.), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Milano, Cedam, 1998, pp. 81, 86, 87.

74 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., pp. 404 y ss.

que es practicable la prevención a través de la mediación (como instrumento de justicia restaurativa) y, aún siendo su enfoque claramente distinto al aquí expuesto, es interesante tenerlo en cuenta. Si bien no diferencian entre prevención general positiva y negativa (pero se puede entender que fundamentalmente se refieren a la primera), sí distinguen entre los conceptos de prevención general pasiva y responsabilidad activa. Así, ambos autores plantean un método que sería constituido desde la superación del concepto de responsabilidad pasiva que dicen es *“aquella que aparece del Derecho penal según el paradigma retributivo, donde el reo es responsable por el pasado y siempre con referencia al pasado se va delimitando el límite máximo de la sanción y sobre la cual, después, pueden ser eventualmente efectuados ajustes en clave resocializadora”*. Por tanto ellos consideran que el concepto de responsabilidad pasiva podría ser sustituido por la elaboración de un modelo de responsabilidad activa, por el cual el pasado es sólo el motivo de la adscripción de responsabilidad, es decir, de donde nace la responsabilidad, mientras que la orientación al futuro no representa la finalidad. Esto comportaría una evolución del modelo de prevención general pasiva a un modelo de responsabilidad activa en el cual el tipo de sanción y su contenido pueden también prescindir de difundir el estigma criminal. Este tipo de finalidad no excluye, obviamente, componentes o balances de tipo preventivo especial⁷⁵.

Respecto de la prevención especial es de lo que más se ha escrito y debatido para otorgar legitimidad a los sistemas de justicia restaurativa. Si bien se esgrimen argumentos contrarios a la justicia restaurativa fundamentados en la conculcación de los fines de prevención general, ocurre al inverso con los de prevención especial en su faceta positiva. En este sentido algunos autores han afirmado que los propios procesos de mediación por su estructura y filosofía hacen que, por un lado, los fines de prevención especial comiencen desde el propio proceso penal⁷⁶ y que conforme a los criterios de adecuación, mediación de la pena y proporcionalidad las respuestas jurídico penales se adecuen mejor a los sujetos a imponerlas. En nuestra opinión, si bien podemos estar de acuerdo con que la aplicación de instrumentos de justicia restaurativa es posible desde la clave de la prevención especial positiva en cuanto puedan otorgar mayores posibilidades y márgenes en la medición de la pena y por ende una mayor adecuación a los principios de intervención mínima del Derecho penal y proporcionalidad, no podemos compartir los beneficios en clave de prevención especial positiva que en

75 Esta perspectiva nos parece especialmente interesante en el sentido que recoge con gran sutileza la perspectiva que busca la justicia restaurativa.

76 Martínez Escamilla, “Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit., p. 475.

el propio proceso penal pueda tener. De hecho esta afirmación, en nuestra opinión, puede resultar incluso peligrosa. No podemos vincular la idea de resolución de conflictos a una tendencial estructuración de modelos idóneos del "deber ser"⁷⁷. Es decir, sin duda, la posibilidad de resolver pacíficamente un conflicto que ha dado lugar a un ilícito penal siempre será valorado positivamente; es más, puede eventualmente aportar futuras habilidades de resolución de conflictos a las personas participantes. Sin embargo, a esto no se le puede etiquetar de reeducación o reinserción. Otra cosa es que los acuerdos a los que las partes lleguen puedan resultar conjuntamente, con la valoración general de todo el proceso de mediación, aptas para la no futura comisión de un delito de este tipo, lo cual en todo caso puede depender de muchas otras cosas. Y además entendemos que no puede ser porque estaríamos dotando tanto a la pena como al proceso penal de una idea moralizante que excede del concepto de prevención especial positiva. En lo que sí podemos estar de acuerdo es en que de esta manera se posibilitarían respuestas más adecuadas y por tanto resultados más satisfactorios desde el punto de vista de la proporcionalidad y del de la humanización de las penas.

Con estas reflexiones nos encontramos en posición de afirmar que los modelos de justicia restaurativa "salvan" a nuestro entender el importante escollo⁷⁸ de la inadecuación de sus fundamentos a los fines de prevención general y prevención especial, que es la crítica más aguda a este modelo.

Sin embargo, a pesar de todo esto entendemos que, en todo caso, los modelos fundamentados en la filosofía de la justicia restaurativa serán válidos siempre que se adecuen a la función de protección de bienes jurídicos y a la optimización de un Derecho penal mínimo⁷⁹. Es decir, reiterando que la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves

77 En este sentido no podemos olvidar que en pro de la reeducación se han llevado a cabo importantes proyectos contrarios a la dignidad humana: Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, 8ª, 2004, pp. 249-262.

78 También se plantean por algunos sectores las complicaciones que la justicia restaurativa suscita en torno a los principios constitucionales y rectores del proceso penal que tanto ha costado incorporar en la justicia penal, tales como el principio de presunción de inocencia, igualdad, seguridad jurídica, etc. Estas cuestiones, aun siendo de vital importancia no las abordaremos en este trabajo ya que se excedería de los límites previstos para el mismo. Entre otros, consideran que pueden vulnerar principios básicos del proceso penal: Armenta Deu, "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", en *PJ*, 1996, pp. 41-42; Silva Sanchez, *Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación*, cit., p. 188; Corcoy Bidasolo, *Los delitos de peligro*, cit., p. 177. Por el contrario, consideran que se salvaguardan los principios de un justo proceso con diferentes argumentos, entre otros Moshr, *Mediation, statt Strafe?*, Bonn-München, Heymanns, 2003, pp. 67 y ss.

79 Corcoy Bidasolo, *Los delitos de peligro*, cit., pp. 177-178, manifiesta que no deja de sorprender que los detractores de la teoría de la reparación son defensores de la restricción del Derecho penal a un Derecho penal nuclear y viceversa.

y siendo éste a su vez el límite más importante al *ius puniendi*, parece lógico que el modelo de respuesta al delito que plantea la justicia restaurativa se deba adecuar a este fin. Otra cosa es que, además, su planteamiento no suponga una ruptura radical con los fines de prevención general positiva y negativa tradicionales⁸⁰. Consideramos que, efectivamente, es posible una convivencia sin rupturas tajantes entre los modelos preventivos y el modelo restaurador, aportando este último una interesante perspectiva fundamentada en que los delitos no son ninguna clase especial de conflicto como ya hemos anticipado anteriormente⁸¹ y que también en esta instancia sería interesante que se diese un margen de posibilidades e instrumentos para su resolución. Si se dota de estos instrumentos para conflictos sociales de menor envergadura, con mayor motivo deberíamos proporcionar estos instrumentos para la resolución de conflictos derivados de un delito o que laten detrás del mismo, sin perder nunca la perspectiva que anteriormente planteábamos y es que, en muchas ocasiones, la mejor de las opciones tal vez sea la de la no intervención del instrumento penal. Pero además esta filosofía restaurativa, entendiendo concienzudamente que el Derecho penal ha de intervenir cuando no hay más opciones de intervención⁸², considera que la justicia puede renunciar a la “espada”⁸³ todas las veces en las cuales el conflicto, cualquiera que sea el origen o la formalización que requiere en el ordenamiento, presenta la posibilidad de ser mediado⁸⁴. Renunciar a la “espada” significará, siguiendo a Mannozi, empezar un recorrido de pacificación social en el que la mediación, lejos de construir una “fuga del Derecho” o una elusión del proceso con un retroceso de las garantías favorece una diferente “construcción social del pánico”, al recuperar un mejor modelo

80 Si bien es cierto que la filosofía de la justicia restaurativa dejaría de preguntarse: ¿Quién merece ser castigado? para pasar a plantearse: ¿Qué cosa se puede hacer para reparar el daño? Así: Ceretti/Di Cio/Mannozi, “Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto”, en *Il coraggio di mediare: contesti, teorie, pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, 2001, p. 310, entendemos que no es incompatible el juicio de culpabilidad personal del autor del delito con las posibilidades de resolución del conflicto y de la reparación del daño surgidos del delito.

81 En este sentido: Kuhn, “Konflikt- und problemlagen Jugendlicher; eine Einfuhrüg”, en *wiedergutmachung uns strafrechtpraxis*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1993, p. 229, afirma que los delitos no son ninguna forma especial de conflicto y plantea los conflictos penalmente relevantes como normalidad y necesidad. La autora utiliza tres argumentos para una reinterpretación de la delincuencia como conflicto y normalidad: 1º la actuación cotidiana significa un trato continuo con conflictos; 2º los conflictos son exigencias o requerimientos de socialización; 3º la solución de conflictos como aprendizaje de normalidad.

82 Walter, *Täter-Opfer-Ausgleich statt*, en *Wiedergutmachung uns strafrechtpraxis*, Bonn, Forum Verlag, 1993, p. 69. Esto es así en atención al principio de subsidiariedad y *ultima ratio* del Derecho penal.

83 Término utilizado continuamente por Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit.

84 *Ibid.*, pp. 399-400; Walter, *Wiedergutmachung*, 1993, p. 69, considera que el camino de la comunicación y de la compensación, sin embargo, hasta el momento no se ha intentado de manera seria y consecuente.

de relación social⁸⁵ y al reconstruir la normativa de las relaciones humanas⁸⁶ dando respuesta a las preguntas realmente difíciles que suscita la comisión de una infracción penal⁸⁷. Retornando de nuevo a la paradoja que antes mencionábamos: se trataría de una real humanización del sistema penal orientada a proteger bienes jurídicos y dar respuestas a las personas sin la lesión de bienes jurídicos de otras personas. Sería un paso a esa humanización del Derecho penal, si bien lo más humano sería que éste y sus respuestas desapareciesen.

Pero en todo caso, y para concluir, la legitimidad de la incorporación de esta filosofía restaurativa dentro del proceso penal deviene de su adecuación político criminal a los requerimientos establecidos por diferentes instancias. En este sentido los instrumentos que plantea la justicia restaurativa y la amplitud de posibilidades dentro del proceso penal redundan en una línea político criminal reclamada, por ejemplo, por las instancias europeas desde los años 80, siempre tendientes a una mayor promoción de las penas no privativas de libertad, establecimientos de protección de las víctimas del delito, instauración de mecanismos preventivos del delito, promoción de penas alternativas y en definitiva la promoción de la filosofía de la justicia restaurativa⁸⁸.

85 En este sentido walter, *Täter-Opfer-Ausgleich statt in: Wiedergutmachung uns strafrechtpraxis*, cit., p. 69, dice que si el Estado quiere ciudadanos pacíficos, capaces de resolver sus conflictos, e independientes, entonces, tiene que dar un buen ejemplo, por lo que son necesarios modelos que redunden en la construcción de las relaciones sociales.

86 Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 399-400.

87 En este sentido mazzucato, *Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della "reliance"*, cit, p. 150, considera que la administración de justicia, por el contrario, tiende a pararse y protegerse detrás del Derecho. mazzucato, "Per una risposata democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione", en *Ars Interpretandi*, N°9, 2004, p. 168.

88 Merece consideración destacar: La Recomendación concerniente a la participación de la sociedad en la política criminal R(83)7 DE 23/06/1983 en la que se entiende que una reacción apropiada a los problemas de la criminalidad debe prever el desarrollo de una política criminal orientada sobre la prevención del crimen, la promoción de medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, la reinserción social de los delinquentes, la ayuda a las víctimas y afirma la importancia de la participación de toda la sociedad; Convención Europea sobre el resarcimiento a la víctima de delitos de violencia (Consejo de Europa n° 116 de 24/11/1983); La recomendación relativa a la posición de la víctima en el ámbito del Derecho penal y del procedimiento penal R(85) 11 de 28/07/1985; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia en favor de las víctimas de la criminalidad y del abuso de poder (Asamblea general de Naciones Unidas Resolución n. 40/34 de 29/11/1985); Recomendación relativa a la asistencia de las víctimas y la prevención de la victimización (Consejo de Europa R(87)21 DE 17/11/1987; la Resolución sobre los "Elementos de una responsable prevención de la criminalidad: standars y normas" del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas n. 1997/33 de 21/07/1997, que, atendiendo a la masificación de las cárceles y al crítico estado del sistema de justicia penal, afirma la importancia de una prevención no represiva del crimen y realiza la necesidad de una atención a la víctima y de una mayor consideración a los derechos del reo; Resolución sobre la "Cooperación internacional dirigida a la reducción de la superpoblación de las prisiones y a la promoción de penas alternativas "(Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1998/23 de 28/07/1998), que establece que atendiendo al hecho de la superpoblación de las cárceles recomienda a los estados miembros a recoger y desarrollar formas de pena no de custodia y a soluciones amistosas de conflictos

4. El papel de la mediación penal como modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal

La figura de la mediación es la técnica de resolución de conflictos⁸⁹ que en la actualidad en el Derecho penal de adultos⁹⁰ con más fuerza se está desarrollando en el ámbito penal⁹¹, dentro del marco de la justicia restaurativa. Al igual que sucede con

de menor gravedad, a través del uso de la mediación, la aceptación de formas de reparación civil o acuerdos de reparación económica a favor de la víctima; Resolución sobre el desarrollo y actuación de intervinientes de mediación y justicia reparativa en el ámbito de la justicia penal (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas n 1999/26 del 28/07/1999) que reafirma como la resolución de disputas pequeñas y delitos se puede recurrir a la mediación y a otras formas de justicia reparativa, y a medidas que bajo el control de un juez u otra autoridad competente, faciliten el encuentro entre reo y víctima, resarciendo los daños sufridos y concluyendo en servicios para la colectividad. Además advierte esta recomendación que la mediación y otras formas de justicia restaurativa pueden ser satisfactorias para la víctima, como también para la prevención de futuros comportamientos ilícitos, y puede representar una alternativa válida para breves periodos de pena privativa. Invita de este modo a los Estados a desarrollar alternativas a los procedimientos formales de la justicia penal, en la óptica de promover una cultura favorable a la mediación y la Justicia Reparativa. La Recomendación concerniente a la superpoblación de las cárceles y el aumento de la población penitenciaria R (99) 22 de 30/09/1999; La Recomendación relativa a la mediación penal (Consejo de Europa R (99) 12 de 15/09/1999); La Resolución sobre principios base sobre el uso de los programas de Justicia Reparativa en materia criminal (Consejo Económico y Social en las Naciones Unidas n 2000/14 del 27/07/2000); La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la posición de la víctima en el procedimiento penal (2001/220/GAI del 15 de marzo de 2001); La resolución relativa a los planes de acción para la actuación de la declaración de Viena sobre la criminalidad y la justicia (Asamblea General de las Naciones Unidas n. 56/261 del 31/01/2002) En cuyo cap. XV se hace referencia a las medidas relativas a la justicia reparativa y a la necesidad de desarrollar una idónea política y programas conexos de justicia reparativa; La resolución sobre los principios base sobre la aplicación de programas de Justicia Reparativa en el ámbito penal (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas n 15/2002).

89 Sería interesante hacer referencia a las otras técnicas, especialmente a la conciliación Hernández García/ Ortuño Muñoz, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, cit., pp. 1-90. Por otro lado Mannozi, *Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9, dice que la mediación y la conciliación presentan un área de interacción. Esto significa que la conciliación, aun no siendo completamente identificable con la mediación, tiene en común con esta última una serie de técnicas en el *modus procedendi*: el encuentro entre las partes como condición necesaria para sellar el acuerdo: "Igualmente, la mediación puede valerse, en su *iter* de modelos o actividades que típicamente pertenecen a la conciliación: la referencia es aquí a las formas reparativas o al trabajo a favor de la colectividad".

90 Hablo de adultos porque en España la LORPM reconoce en sus arts. 18 y 19 la posibilidad de una intervención de mediación siempre que concurren los requisitos recogidos en la Ley. Igualmente la JG alemana recoge como medida educativa (*Erziehungsmaßregeln*) y como medida correctora (Zuchtmittel) las figuras de la compensación y de la reparación del daño víctima infractor (*Täter-Opfer-Ausgleich*) en los §§ 9 a 12 y §§15 a 16 respectivamente. Las consecuencias se prevén en los §§ 45 y 47 JG . Igualmente Italia a través del principios de oportunidad los art. 27 y 28 del D.P.R. 448/1988 posibilita el archivo o suspensión en caso de reparación del daño.

91 En España, de la mano del CGPJ, del servicio de planificación, desde el año 2006 se iniciaron una serie del Proyectos Piloto en diferentes Juzgados de instrucción y de lo penal en comunidades como Madrid, Pamplona, País Vasco, Andalucía o Aragón. Además se cuenta con la larga experiencia de los Servicios de Mediación de la Generalitat de Catalunya que cuenta con más de diez años. Pero además

el concepto de justicia restaurativa, no existe una unánime definición de mediación⁹² siendo que puede presentar múltiples modalidades en contextos normativos diversos⁹³. El Consejo de Europa, en la Recomendación (99) 19 en tema de mediación penal define la mediación como “*el procedimiento que permite a la víctima y al reo el participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)*”.

Es un proceso destinado a crear relaciones nuevas o restaurar relaciones perturbadas entre las partes después de la comisión de un hecho delictivo empleando como herramienta el diálogo y la comunicación. En concreto, la mediación penal es la modalidad de intervención de un tercero mediador sobre situaciones de conflicto que han dado lugar a intervención judicial⁹⁴ de carácter penal⁹⁵. No necesariamente se produce entre víctima y agresor, es posible que ambas partes tengan el carácter de víctima y de agresor en sí mismas. Por tanto, con la mediación se trataría de reparar una situación anterior al delito entre el delincuente y la víctima del delito, sin negar por

la mayoría de los trabajos relativos a la Justicia Restaurativa que existen, al menos en el continente Europeo se centran en la Mediación de entre todas las posibles técnicas de resolución de conflictos como instrumento para la concreción de la filosofía y objetivos de la Justicia Restaurativa.

92 Así Hernández García/Ortuño Muñoz, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, cit., 11, 2007, pp. 61 y ss., consideran que “los postulados de la mediación posibilitan identificar su filosofía fundacional, pero no permiten, sin embargo, institucionalizar un modelo unitario de desarrollo aplicable a cualquier país o sociedad con indiferencia del sistema social y político donde debe operar”. Observan además importantes diferencias entre el modelo restaurativo originario, de raíz anglosajona, y los modelos desarrollados en los países continentales europeos. Una interesante compilación de las experiencias de la jurisdicción de la *common law* en: Gordillo Santana, *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, lustel, 2007, pp. 261 y ss. Del mismo modo Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., pp. 339 y ss., advierte que el término mediación no es unívoco y se pueden de hecho enmarcar al menos tres conceptos diversos de mediación, relativos entre tanto diversos sectores jurídico-sociales. La mediación puede ser considerada, dice, en primer lugar, como una mera técnica de intervención social en la que un sujeto, tercero neutral, tiende a promover la superación del conflicto existente entre dos individuos a través del encuentro y la confrontación. En segundo lugar, la mediación emerge en su función de modalidad de solución de los conflictos que se entrelaza con el proceso penal, en la perspectiva más amplia de la Justicia Reparativa. En tercer lugar, la mediación se presenta como un nuevo acercamiento a las dimensiones sociales que consiente prescindir de la respuesta judicial en relación a conflictos interpersonales e intergrupales.

93 Lugnano, *La mediazione penale*, cit., p. 25.

94 No tendría por qué ser necesaria la intervención judicial, pero si una mínima intervención por parte de una instancia oficial, por ejemplo la policía, para que pueda ser catalogada la mediación como penal. Es decir, para que el conflicto se pueda considerar se encuentra dentro del marco penal.

95 Sobre todo esto Bouchard, “*Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*”, en *Dei delitti e delle pene*, 1992 (2), pp. 196-202, lo cita y mantiene la misma definición: Lugnano, *La mediazione penale*, cit., p. 7: “*la mediación es el instrumento a través del cual se restablece una relación rota entre dos o mas partes y no, a diferencia del acto jurisdiccional de establecer un vencedor y un perdedor*”.

ello el Derecho del Estado de ejercitar el *ius puniendi*⁹⁶, con la creación de espacios que con una oportunidad o discrecionalidad regladas⁹⁷ permitirían un cauce para la resolución de conflictos. La mediación tiende a restituir a los sujetos-partes del conflicto reconociéndose el poder y la responsabilidad de decidir el destino del enfrentamiento que los confronta⁹⁸, siendo que una de las características más importantes de esta técnica es que el acuerdo es tomado únicamente por las partes intervinientes y no por el mediador u otro tercero⁹⁹. Sin embargo, es el tercero mediador quien ayudará a las partes a resolver su conflicto. La mediación triangula la controversia, relanzando la posibilidad de salir de una situación en la cual ningún cambio puede ser propuesto de dentro porque la comunicación está bloqueada¹⁰⁰. Por tanto será este el papel del mediador, quien con unas técnicas concretas y regido por unos concretos principios, será puente de ayuda a las partes para resolver su conflicto¹⁰¹. De este modo, además, la criminalidad pierde parte de su carácter misterioso y se convierte en un fenómeno que es manejable, concreto y real¹⁰². La figura del mediador es una de las características más importantes de este método de resolución de conflicto. Su lenguaje¹⁰³ y su situación entre las partes es siempre equidistante: pero volcándose plenamente con ambas, su forma de ayudar a resolver el conflicto existente entre las partes será decisivo a la hora de conseguir el objetivo buscado por ellas.

96 Lugnano, *La mediazione penale*, cit., 9, considera sin embargo que la intervención estatal puede asumir formas diversas en razón del desvalor de la conducta y del daño en concreto acarreado. De este modo se puede dar una respuesta a través de la mediación tendente al efectivo reequilibrio de los intereses lesionados poniendo en acento sobre el momento de la reparación en la determinación de la sanción.

97 Lo cual sería posible; en este sentido, Manzanares Samaniego, *Mediación*, cit., p. 19.

98 Lugano, *La mediazione penale*, cit., p. 8.

99 Walter, *Täter-Opfer-Ausgleich statt Strafe*, en *Wiedergutmachung uns strafrechtpraxis*, cit., p. 65 opina que lo mejor de la compensación autor víctima es que el acuerdo no se impone desde arriba sino que es desarrollado por los participantes mismo.

100 Mannozi, *Mediazione e diritto penal: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, cit., p. 42.

101 Una expresión parecida utiliza Leonardo, "Poetica della mediazione", en *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, coordinado por Maria Antonietta Foddai, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 48, quien considera que con su ayuda se puede construir un puente o hacer una calle, un paseo que antes no existía.

102 Walter, *Täter-Opfer-Ausgleich statt*, en *Wiedergutmachung uns strafrechtpraxis*, cit., p. 67.

103 Brunelli, "La parola in mediazione", en *Dignitas-Percorsi di carcere e di giustizia*, 2003 (3), pp. 67 y ss, diferenciando el lenguaje del juez del lenguaje del mediador. Así mientras el juez es aquel que "dice el Derecho", decide y tiene la última palabra sobre la base de la ley, el lenguaje del mediador no juzga, sino que es aquél que surge de situarse entre las partes.

Sin duda, la cuestión fundamental cuando se habla de mediación penal es qué se va a mediar en el marco de un procedimiento penal. Así Mannozi¹⁰⁴ diferencia la posibilidad de mediar en un delito, mediar en un hecho y mediar en un conflicto y con esto determinaremos qué se va a mediar en el marco de un procedimiento penal. En cuanto a la posibilidad de mediar un delito advierte el autor la imposibilidad de mediar el “delito”, esto es: nunca se podrá negociar el contenido del precepto penal. Lo que está en discusión en la mediación no es obviamente la definición penal del conflicto, que es dada por el ordenamiento y que debe ser reconocida por las partes¹⁰⁵. Si no fuese de esta manera, parece que la mediación penal perdería la legitimación por su propio nombre, porque si la mediación tiene el calificativo de penal es porque se mueve, al menos en un primer momento, a través de la lente de la norma penal infringida¹⁰⁶.

Al igual que este autor, consideramos que tampoco se puede decir que en lo que se media es en el hecho. Las partes normalmente están en desacuerdo no sobre la existencia de un hecho (que puede ser o no calificado como delito) sino sobre el significado del hecho. En la mediación, la reconstrucción de las percepciones y de los sentimientos se da en una clave totalmente subjetiva. Es evidente que si las partes están en desacuerdo no con el significado de un hecho (cada uno está en una posición diferente) sino en la existencia del propio hecho, la mediación se torna un instrumento impropio para estos supuestos.

Por tanto, debemos concluir con que es sobre el conflicto exclusivamente sobre lo que se media¹⁰⁷. En la esfera de la mediación vienen a tratarse una serie de circunstancias diferentes a aquella que sería la desnuda dimensión procesal del hecho¹⁰⁸. La valoración del conflicto penal depende de los diferentes puntos de vista del autor y de la víctima que depende de los diferentes puntos de vista sociales, de su experiencia personal, etc.¹⁰⁹. No es por ello extraño que a un proceso de mediación se traigan un buen número de circunstancias externas a aquellas que irían al escenario procesal del delito. La relación víctima-reo, en la sede de un proceso penal, se

104 Mannozi, *Mediazione e diritto penal: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, cit., pp. 39 y ss; Mannozi, *L'oggetto della mediazione: Conflitto, fatto o reato?* en *Dignitas-Percorsi di carcere e di giustizia*, 2005; (7), pp. 61-68.

105 Mannozi, *Mediazione e diritto penal: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, cit., pp. 39 y ss.

106 Mannozi, *L'oggetto della mediazione: Conflitto, fatto o reato?*, cit., p. 65.

107 En este sentido Bouchard, “Sicurezza urbana, vittime, mediazione e riparazione”, en SCAPARRA (coord.) *Il coraggio di mediare*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 252, entiende que “Mientras la verdad jurídica puede ser lejana de la realidad de los hechos como de la percepción de los mismos de parte de los protagonistas, la verdad dialógica en cuanto puede ser lejana de la realidad de los hechos corresponde del todo con la realidad percibida de los protagonistas”.

108 Mannozi, *Mediazione e diritto penal: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, cit., p. 42.

109 Kuhn, *Konflikt-und Problemlagen Jugendlicher; eine Einfuhrhug*, cit., p. 230.

sustraer a la lógica estructurada de la búsqueda de una verdad que vea de un lado un vencedor y de otro un perdedor¹¹⁰, empleándose como instrumento de recuperación de la posibilidad de interacción de cara a favorecer una restauración de la víctima, un acercamiento del reo a la víctima¹¹¹.

Concretando, las ventajas que los procesos de mediación dentro del proceso penal suscitan, y que son las que provocan que los modelos de justicia restaurativa y en concreto de mediación penal aporten interesantes virtudes al tradicional modelo de justicia penal, son, a nuestro entender: las relacionadas con la víctima e infractor y las relativas a la sociedad y a la humanización del sistema penal¹¹².

En cuanto a las necesidades reales del infractor¹¹³, se encuentran especialmente la de obtener y ofrecer una explicación del mal causado por parte de la persona que lo ha sufrido, y una real atención a sus déficits personales y sociales si los hubiere¹¹⁴. En definitiva, plantea un modelo de Derecho penal que sólo encuentra su justificación si actúa orientado en una perspectiva positiva de la resolución del conflicto, en clave de reconstrucción.

No obstante, no debemos olvidar que la mediación no consiste en implantar en el juego de la justicia penal abstractos valores morales. Lejos de ello, la esencia de la mediación se identifica y centra sus esfuerzos en el aspecto individual y particular del conflicto concreto entre las personas, de modo que no se tratará en ningún caso de transmitir valores abstractos¹¹⁵ al sujeto que ha infringido una norma penal haciendo surgir un conflicto con una o unas personas. Más bien se tratará de ayudarle a analizar el por qué de la conducta en concreto, de cómo abordar la repercusión de la misma y en definitiva empoderarle para una mejor autogestión de sus conflictos.

110 La justicia penal formal lo que haría sería invertir esos papeles con la imposición de una sentencia condenatoria.

111 Lugnano, *La mediazione penale*, cit., p. 10.

112 La mayoría de los autores dividen las bondades de los planteamientos de la mediación penal y la Justicia Restaurativa en: bondades para la víctima, infractor, comunidad. Entre otros: Lugnano, *La mediazione penale*, cit., 10s dice que es una institución brillante para la consecución de tres niveles: como proceso para favorecer la consciencia personal del hecho; como instrumento tendente a incrementar la autoestima de la víctima y el sentido de responsabilidad de los autores y por último como intervención dirigida a promover el sentido de pertenencia de la comunidad; Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 81, señala como ventajas del modelo repositivo: asistencia concreta a la víctima, mayor visibilidad del crimen, fuerte valor reeducativo y de responsabilidad, posibilidad/opportunidad por el reo de autodeterminar los contenidos de su conducta, mayor contención general preventiva del sistema; Ceretti/Di Cio/Mannozi, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 2001, p. 311; Rios Martín/ Pascual Rodríguez/ Bibiano Guillén, *Mediación penal y penitenciaria*, Madrid, Colex, 2006, pp. 33-39.

113 Sánchez Álvarez, "Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde", en CGPJ, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, 2007, pp. 25 y ss.

114 Sobre el valor pedagógico de la mediación: Peroni, *La Giustizia penale consensuale*, 2004, p. 110.

115 Bouchard, "La galassia delle tutele", en *Questione di giustizia*, 1999 (4), pp. 694-695.

En segundo lugar, en cuanto a la víctima, en relación al hecho traumático provocado por el delito (cuyas consecuencias se denominan victimización primaria) y la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico-penal (policía o sistema judicial) o un sistema de ayudas (indemnización económica, asistencia psicológica, apoyo psicoeducativo a los hijos, etc.) defectuoso que pudiera dar lugar a una victimización secundaria, son consecuencias que se pueden ver atenuadas con la derivación a un proceso de mediación. Es decir, el maltrato institucional puede contribuir a agravar el daño psicológico de la víctima o a cronificar las secuelas psicopatológicas. Un aspecto fundamental en la victimización secundaria es la dilación existente en el sistema de justicia actual, así como la falta de información concreta sobre la situación procesal, que no tiene por qué resultar incompatible con el secreto del sumario. La incertidumbre de un proceso penal, así como la reacción de la parte denunciada, contribuyen a agravar la situación emocional de la víctima. La revictimización institucional presenta caracteres especialmente nocivos¹¹⁶ y la mediación trata de que ésta se reduzca lo más posible con una mayor atención y con una pertinente actuación en lo relativo a la posible victimización primaria¹¹⁷.

Por último, en términos de sociedad, nos encontramos con que con los procesos de mediación se buscan las fórmulas más idóneas para ayudar a "asumir las responsabilidades, reparar los daños, aliviar las penas, facilitar explicaciones

116 Fundamentalmente las razones son las que siguen: A) porque provoca un daño emocional suplementario (especialmente a personas cuyo nivel de autoestima es limitado) a consecuencia del impacto generado por el hecho delictivo; B) El efecto especialmente patógeno que provoca: las estructuras creadas para tutelar a las víctimas provocan una sensación de vacío y falta de aliento que alimenta la sensación de dolor; C) porque se daña a las personas que de forma casi exclusiva promueven la actuación del sistema institucional de justicia. Se quiebra, con ello, el sentido simbólico sobre el que se asienta su condición de garante de la cohesión social.

117 El trabajo de Ríos Martín/Martínez Escamilla/ Segovia Bernabé/Gallego Díaz/Cabrera /Jiménez Arbelo, *Justicia Restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, cit., que se hizo en el Estado Español, expone cuáles fueron los reclamos o peticiones de la víctima respecto del procedimiento judicial penal. Entre otros se encuentran: convivencia pacífica, indemnización, atención psicológica, disculpas, tranquilidad, reconocimiento de los hechos, educación del acusado, conocimiento de los motivos, seguridad en el futuro, conocer al acusado, llegar a un acuerdo, recuperar los objetos, recuperar la amistad, evitar el juicio, arreglar todo, respeto, posibilidad de dialogo futuro, terminar el proceso, no repetición del hecho, ser escuchada. Las experiencias que se recogen son las aportadas por los proyectos piloto realizados en Madrid, Juzgado de lo penal. 20. Juzgado de instrucción. 32; Navarra: Juzgado de Instrucción 3 de Pamplona, Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; Sevilla Juzgado de Instrucción 13; Zaragoza Juzgado de Instrucción 2 de Calatayud, Juzgado de Instrucción 4 de Zaragoza; Jaén. Juzgado de lo penal 3 de Jaén; San Sebastián. Juzgado de lo penal 2 de San Sebastián; Bilbao. Juzgado de Instrucción 1 de Bilbao.; Córdoba. Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba; País Vasco (Barakaldo y Vitoria-Gasteiz). Órganos jurisdiccionales penales de Barakaldo y Vitoria-Gasteiz; Servicios de Mediación Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. En esta experiencia se han incorporado posteriormente otros órganos jurisdiccionales: Juzgado de lo penal 2 de Huelva, Juzgado de lo penal 6 de Madrid, Juzgado de lo penal de Cádiz, Audiencia provincial de Madrid, sección, 17, Juzgado de lo penal de Valladolid.

necesarias, neutralizar los miedos, hacer desaparecer inseguridades y obsesiones, nivelar asimetrías sociales o falta de oportunidades y procurar evitar la reiteración de delitos en el futuro”¹¹⁸. Todo esto revierte, sin duda alguna por tanto, en la pacificación social en su sentido más amplio. Pero además se convierte en un importante instrumento de prevención de posibles riesgos futuros. La real solución de un conflicto va a suponer que el germen que puede mantenerse latente por la no resolución de un conflicto desaparezca y ayudará a reducir los riesgos de que surjan nuevos conflictos, lo que siempre revertirá positivamente en la sociedad.

También hemos de tener en cuenta que no son pocas las ocasiones en las que los sentimientos de inseguridad de las personas respecto de su comunidad vienen o se agravan cuando hay sentimientos de falta de relaciones de confianza tanto interpersonales, como comunitarias e institucionales. Sobre esta base se advierte de la optimización del sentimiento comunitario y de seguridad en las personas¹¹⁹ a través de recursos institucionales donde las personas se sientan no sólo escuchadas sino también amparadas a la hora de poder resolver sus conflictos, lo que siempre revertirá positivamente en la sociedad.

5. Reflexiones finales

La importancia de una adecuada construcción y posterior asunción del modelo restaurativo y de su filosofía y, en concreto, del modelo de mediación penal es vital. No desconocemos que pueden surgir problemas importantes si no se hace de una forma adecuada. De manera más específica, algunos de estos problemas que desarrollaremos a continuación son: el primero, relacionado con la sociedad de consumo, el segundo relacionado con el peso de la víctima en el proceso y por último los relativos a la burocratización de los procesos de mediación.

No quisiéramos sino terminar, en primer lugar, con el apunte de tres reflexiones problemáticas y, en segundo lugar, con una conclusión muy sencilla, que enlaza con el comienzo de este trabajo.

En cuanto a la primera de las cuestiones nos encontramos con que, desde el ámbito de la sociología, con la diversificación de las respuestas penales para un público al que la sociedad de consumo ha acostumbrado a la “elección”, la mediación correría el peligro de convertirse en un recurso más de la sociedad consumista de la que se aprovecha el mercado para vender soluciones “exclusivas” para cada uno de

118 Ríos Martín / Martínez escamilla / Segovia Bernabé / Gallego Díaz/ Cabrera / Jiménez Arbelo, *Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ*, cit., pp. 16 y ss.

119 Cornelli, “La mediazione dei conflitti nell’ambito delle politiche di sicurezza urbana”, en *Mediaries*, 2003 (3), pp. 75-77, desarrolla un proyecto comunitario realizado por el Centro por la mediación de conflictos Cinisello Balsamo, llevado a cabo por un grupo de investigación del Centro Nacional de Prevención y Defensa Social.

nosotros y así crear una nueva forma de “individualización del castigo”¹²⁰. La crisis del concepto de tratamiento y de la propia finalidad resocializadora (si bien el recurso a esta dialéctica es cada vez mayor) de la pena puede estar llevándonos a conceptos como el de la justicia restaurativa que nos permitan, “customizar” el castigo, por encima de las barreras del principio de legalidad, igual que el capitalismo y las grandes marcas producen para satisfacción del público por encima de los mínimos éticos sociales y laborales. Nos preguntamos por tanto: ¿podría convertirse la “tercera vía” en el “caballo de Troya” que permita la privatización neoliberal del sistema de penas?.

Desde nuestro punto de vista ello no tiene porque ser así. Con el planteamiento de la justicia restaurativa, en ningún caso, como algún autor ha señalado, se da una tendencia hacia la privatización del sistema¹²¹. Pero en todo caso, consideramos que al sistema penal que tenemos se le puede hacer la misma objeción, tal vez no tanto a la ejecución o a las respuestas penales¹²², sino al propio modelo de Derecho penal el cual se está construyendo progresivamente por el legislador en el caso concreto. De esta manera estamos construyendo tipos penales a la carta para todo tipo de supuestos y casos. Sin duda lo que existe se legitima por sí mismo, aunque su funcionamiento sea deficitario y no falsable. Las ideas nuevas necesitan siempre un plus de legitimidad que no se exige a lo existente para que puedan ser implantadas progresivamente. ¿Pasaría el actual Código Penal español el filtro de ser un Derecho en que se asegura cada vez más la diversidad de la respuesta penal en función del delincuente? ¿No es la “customización” del Derecho penal lo deseable desde el principio de individualización científica? ¿Es este último principio actualmente un caballo de Troya donde se destruye

120 Hablan del peligro de la “McDonalización” del proceso de mediación Vezzadini, *Mediazione penale fra vittima e autore di reato*, Clueb, 2003, p. 46, quien alerta de que los tiempos judiciales pueden provocar que los valores y principios que inspiran el nuevo paradigma reparativo, diferentes en la forma y en el contenido, se olviden; Mazzucato, *Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della “reliance”*, cit., p. 159 quien plantea el peligro de dar veda a prácticas superficiales, no verificadas que resultaría en una mera estrategia de la controversia.

121 En este sentido de que pudiera ser una privatización se expresa Tamarit Sumalla, *La Reparación a la víctima en el Derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Barcelona, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 1994, pp 177-179. Sin embargo otra cosa diferente es la regulación íntegra y formal de la mediación y la ejecución de este servicio por parte de agencias institucionalizadas o por ONG’S o entes privados. En lo que respecta a estos dos asuntos la respuesta no resulta tan evidente. En cuanto a la posibilidad de que sean agencias institucionalizadas o por el contrario ONGS u otros entes privados, Lugnano, *La mediazione penale*, cit., pp. 19-20, dice que “las estructuras privadas tiene la ventaja de presentarse con una imagen de equidistancia, de ser poco estigmatizantes y de involucrar en la gestión del programa también a la comunidad. Las agencias institucionalizadas corren el riesgo de poder ser disfuncionales a meras exigencias deflacionistas del sistema judicial.”

122 Malventi, Dario/ Garraux, Álvaro, “Curar y reinsertar”, en *Espai en Blanc, materiales para la subversión de la vida*, Barcelona, Belleterra, 2008, pp. 1-17 plantean en uno de los pocos trabajos acerca de los nuevos modelos de ejecución penitenciarios que las llamadas Unidades Terapéuticas Educativas y los módulos de respecto entran directamente en el juego similar al que se plantea con el Derecho penal del enemigo, pero en el seno del sistema penitenciario.

la igualdad y la certeza del castigo para todos por igual? No estamos con esto diciendo que porque uno de los sistemas tenga déficits, si el otro también los tiene no importa. Lo que simplemente estamos queriendo evidenciar es la dificultad de la construcción de nuevos paradigmas a los cuales se le pueden hacer, seguro, críticas, pero esto no significa que por ello sean directamente desechables por ser nuevos o estar en construcción.

Las cuestiones relativas a la víctima hacen que un autor como Garland¹²³ se pregunte por qué la imagen de la víctima que surge resulta ahora tan central en la cuestión del delito y en nuestras respuestas frente a ella. Su respuesta es clara y considera que lo es *“porque en la nueva moralidad del individualismo de mercado las instituciones públicas carecen de fuerza y el Derecho del Estado carece de autoridad. Toda mutualidad y solidaridad existente se alcanza a través de la identificación directa de los individuos entre sí y no con la organización política o las instituciones públicas a las que pertenecen”*. Las afirmaciones de Garland, que compartimos absolutamente, hay que entenderlas contextualizadas y referidas a dos fenómenos que en torno a la figura de “la víctima” se están ofreciendo. El primero, su antinatural relevancia en los medios de comunicación y el segundo, la hasta ahora desconocida influencia en el legislador en el contexto de un supuesto Estado Social y Democrático de Derecho. Garland no está haciendo referencia con su afirmación a todas las tendencias de “redescubrimiento” de la víctima, sino a aquellas que no surgen de la realidad de la victimización, sino de otro tipo de pretensiones como son la identificación con ella a falta de otros mecanismo de cohesión y, en segundo lugar, su utilización para la construcción de políticas de mayor control.

Por tanto, aquellos movimientos, como el de la justicia restaurativa que sí atienden a esas reales necesidades derivadas de la victimización primaria y secundaria no quedarían englobados en esas críticas. La justicia restaurativa trata de plantear una verdadera alternativa para las víctimas en concreto y así hace su planteamiento la llamada “victimología crítica”. Lejos de pretensiones punitivas la mediación como instrumento para la justicia restaurativa servirá para aquellas víctimas que quieran recurrir a las ofertas que plantea en primera persona y en el caso concreto.

La última de las cuestiones que hemos planteado es la del riesgo de que los instrumentos de mediación, una vez sean insertados dentro del proceso penal conforme al principio de oportunidad, se institucionalicen de tal forma que se pierda parte de su virtud no sólo terminológica, adoptando términos homologables al del proceso penal y ciencia penal, sino también en el ofrecimiento de soluciones flexibles e informales¹²⁴.

123 Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, cit., p. 324.

124 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 400.

Para concluir, se puede retomar la idea con la que se empezaba. La situación actual del Derecho y del proceso penal, así como de la ejecución de la pena privativa de libertad es insostenible. Lo cual no quiere decir que en algún momento histórico haya sido soportable. Y es insostenible desde el punto de vista humano. Sin duda alguna podemos afirmar que toda la estructura penal genera un dolor tal vez imperceptible para quienes no son agentes vinculados de manera más o menos directa en alguna de las instancias del mismo, pero que se hace plenamente visible para aquellos que en el recorrido observan pasivos cómo la máquina penal actúa. Una máquina pesada, burocratizada, donde el papel gana terreno a las personas y la que finalmente genera un dolor mayor que el que trata "legítimamente" de evitar: La justicia lava la sangre con sangre¹²⁵. Un dolor para el infractor, para la víctima, para las familias de ambas y un dolor ciego para toda la sociedad¹²⁶. Por tanto, en último extremo (ya que tal vez donde mayormente se debería ahondar es en la real reducción del Derecho penal y en su verdadera intervención mínima) la justicia restaurativa mira desde el concepto de conflicto social sólo con vista en el futuro, tratando de estrechar los márgenes de dolor y tratando de construir las relaciones sociales con una visión hacia el futuro positiva y personal. No se trata ya tanto de encajar este modelo en todos y cada uno de los delitos de nuestros Códigos Penales, como de poco a poco hacer que germine una filosofía más humana que el primitivismo innato al Derecho penal. La justicia restaurativa invita sencillamente a un ejercicio de humanismo, garantismo y reduccionismo del castigo al que no debería ser ajeno, mientras exista, el Derecho penal contemporáneo de un Estado Social y Democrático de Derecho. Si la evolución humana se considera posible desde la victoria que supuso ganar tiempo en el cerebro a fin de contener el impulso inmediato, animal, y permitir una reacción libre y meditada¹²⁷, la victoria de la inteligencia en el Derecho penal supone la ganancia de tiempo en un proceso formalizado de tal manera que se contienen los impulsos primarios de ira, venganza, miedo o frustración para dar paso a una respuesta reflexiva. En este sentido, no cabe duda que la evolución de la venganza privada hacia modelos de control estatal de respuesta a los fenómenos delictivos supuso una victoria de la inteligencia y de un

125 Lenzi, en *Lo spazio de la mediazione*, coordinado por Maria Antonieta Foddai, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003, p. 49.

126 Al respecto véase el excelente libro de Guagliardo, *Dei dolori e delle pene. Saggio abolizionista e sull'obiezione di coscienza*, Roma, Sensibile alle foglie, 1997.

127 Marina, *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Barcelona, Anagrama, 2004, especialmente pp. 139 y ss. En este sentido, el propio Marina apunta que la inteligencia fracasa cuando es incapaz de ajustarse a la realidad, cuando se equivoca sistemáticamente o se empeña en usar medios ineficaces y hace referencia a Carlo Cipolla, quien afirma que "una persona estúpida es la que causa un daño a otra persona o grupo de personas sin obtener, al mismo tiempo, un provecho para sí, o incluso obteniendo un perjuicio". En este sentido dejamos caer la reflexión brevemente de que si esta afirmación la trasladamos al ámbito no de lo individual, sino de lo comunitario, tal vez se pueda concluir que el sistema penal tiene rasgos de "estupidez".

progreso civilizatorio en el ámbito del Derecho penal¹²⁸. Sin embargo, la implantación de conformidades privilegiadas, juicios rápidos y procedimientos sumarios, que buscan una descongestión imposible del aparato burocrático, supone una regresión al incidir sobre la rapidez, identificándola, sin más, con la eficacia. Por el contrario, justamente en el extremo opuesto, cuando las partes inmersas en un conflicto, sea cual sea y sean cuales sean las partes, comienzan a darse reglas respecto al mismo, ello parece significar que se ha entrado en una época intelectualmente más avanzada¹²⁹. Las Alternative Dispute Resolution (ADR) tienen el privilegio de evidenciar los temas cruciales para la convivencia en vista de soluciones pacíficas que sepan responder no sólo a los requerimientos de las personas, sino también a las preguntas de fondo sobre los modos adecuados de resolver conflictos, atentos a los principios ideales de la civilización democrática¹³⁰. Lógica democrática entendida no en sentido de estructura política sino en el sentido ya aludido en clave de libertad, de solidaridad, de respeto a la persona, de diálogo y de tolerancia. Aquella que se mantiene con estos atributos y que no cede cuando los “tiempos son malos” tornándose en modelos de tolerancia cero¹³¹. Aquella que cree en las personas y les ayuda a su libre y autodeterminado desarrollo. La justicia restaurativa pretende adecuarse a la dialéctica del respeto a la mayoría y a la minoría y a la capacidad de los seres humanos de conseguir terminar con sus conflictos, de abordar los ilícitos y de conseguirlo a través del diálogo y el mutuo reconocimiento de quienes forman parte de la misma comunidad de destino¹³².

Bibliografía

Antolisei, Ferrando, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

Armenta Deu, Teresa, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *PJ*, 1996, pp.41-42.

Atencia Páez, José María, *La teoría crítica y el pensamiento de J. Habermas*, Málaga, Ágora ,1996.

128 Entre otros muchos: Morsch, *Mediation, statt Strafe?*, cit., p. 2.

129 Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 12.

130 Mazzucato, *Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della “reliance”*, cit., p. 148; Mazzucato, *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito apasionante della mediazione*, cit., p. 181.

131 *Ibid*, pp. 174-175.

132 Mazzucato, *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito apasionante della mediazione*, cit., p. 187.

Barata, Francesco, "Los mass media y la cultura del miedo", en *Panóptico*, N° 6, 2003.

Baratta, Francesco, "Los mass media y el pensamiento criminológico", en Bergalli (coord.) *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets, 2007.

Benedict, Ruht, *El crisantemo y la espada*, Madrid, Alianza Editorial, 5ª Edición, 2006.

Bouchard, Marco/Mierolo, Giovanni, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005.

Bouchard, Marco, "La galassia delle tutele", en *Questione di Giustizia*, N° 4, 1999.

Bouchard, Marco, "Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto", en *Dei delitti e delle pene*, N°2, 1992.

Brunelli, Federica, "La parola in mediazione", en *Dignitas-Percorsi di carcere e di Giustizia*, N°3, 2003.

Calix, Álvaro, "La falacia de más policías, más penas y más cárceles: el problema de la inseguridad y el castigo desde una visión alternativa", en *Nueva sociedad*, (Ejemplar dedicado a: ¿Sin salida? Las cárceles en América Latina), n°. 208, 2007.

Castel, Robert, *L'insicurezza sociale*, Torino, Einaudi, 2004.

Ceretti, Adolfo/Di Cio, Francesco/Mannozi, Grazia, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto in: Il coraggio di mediare: contesti, teorie, pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, 2001.

Ceretti, Adolfo, "Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma", en *Criminologia*, N° 3, 2000.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro*, Valencia, Tirant lo Blanche, 1999.

Cornelli, Roberto, "La mediazione dei conflitti nell'ambito delle politiche di sicurezza urbana", en *Mediaries*, N° 3, 2003, pp.63-79.

Christie, Nils, "Conflicts as property", en *British Journal of criminology*, N°, vol.17, issue 1, 1977. Disponible en español: <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html>

Díez Ripolles, José Luis, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *RECPC*, N° 6, 2004.

Diez Ripolles, José Luis, "La nueva política criminal Española", en *Eguzkilore*, N° 17, 2003.

Diez Ripolles, José Luis, *La irracionalidad de las leyes penales: teoría y práctica*, Madrid, Trotta, 2003.

Eusebi, "Dibattiti sulle teorie Della pena e "mediazione"", en Picotti (coord.), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Milano, Cedam, 1998.

Feijoo Sanchez, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, IBdef, 2007.

Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, 8ª, La terza, 2004.

Fiandaca, Giovanni/Msco, Enzo, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna Quinta Edizione, Zanichelli, 2008.

Fuentes Osorio, "Los medios de comunicación y el Derecho penal", en *RECPC*, 2005.

Galain Palermo, Pablo, "¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? especial consideración a la posición de Claus Roxin", en *Redur* N° 3, 2005. Disponible en: http://www.google.es/search?hl=es&rlz=1W1GGLL_es&sa=X&ei=js0qTZHeJYqb8QOf1-WjAg&ved=0CBYQBSgA&q=%C2%BFLA+REPARACI%C3%93N+DEL+DA%C3%91O+COMO+TERCERA+VIA+PUNITIVA%3F+GALAIN+PALERMO&spe ll=1.

García Pablos De Molina, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia , 6ª ed, Tirant lo Blanch, 2007.

Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999.

Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, 2005.

Garrido Genoves, Vicente/Stangeland, Per/ Redondo, Santiago, *Principios de Criminología*, Valencia, 3ª, Tirant lo Blanch, 2006.

Gordillo Santana, Luis, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, lustel, 2007.

Guagliardo, Vincenzo, *Dei dolori e delle pene. Saggio abolizionista e sull'obiezione di coscienza*, Roma, sensibile alle foglie, 1997.

Hefendel, Ronald (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

Hernández García, Javier/Ortuño Muñoz, José Pascual, "Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal", en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, N° 11, 2007.

Highton, Elena/Alvarez, Gladys/Gregorio, Carlos, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal*, Buenos Aires, Ed Ad-Hoc,1998.

Hulsman, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984.

Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 1995.

Jeschek, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, Granada, Comares, 2002.

Kuhn, Annemarie, "Konflikt-und Problemlagen Jugenslicher; eine Einfuhrüg", en *Wiedergutmachung und strafrechtspraxis*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1993.

Lenzi, Leonardo, "Poetica della mediazione", en *Lo spazio de la mediazione: conflicto di dirritti e confronto di interessi*, coordinado por Maria Antonietta Foddai, Milano, Giuffrè, 2003.

Lugnano, Silvio, *La mediazione penale*, L'orientale Editrice, 2003.

Luzon Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 7ª Edición, Editorial Universitas, 2005.

Luzon Peña, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.

Malventi, Dario/Garraux, Albaro, "Curar y reinsertar", en *Espai en Blanc, materiales para la subversión de la vida*, Barcelona, Belleterra, 2008.

Mannozi, Grazia, "L'oggetto della mediazione: Conflitto, fatto o reato?", en *Dignitas-percorsi di carcere e di giustizia*, N° 7, 2005.

Mannozi, Grazia, *La giustizia senza spada. Uno Studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003.

Mannozi, Grazia, *Mediazione e Diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.

Mantovani, Ferrando, *Diritto penale. Parte Generale*, Aquinta Edizione, CEDAM, 2007.

Manzanares Samaniego, *Mediación, reparación y conciliación en derecho penal*, Granada, Comares, 2007.

Martinez Escamilla, M., "Justicia restauradora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, 2008.

Marina, José Antonio, *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Barcelona, Anagrama, 2004.

Mazzucato, Claudia, "La mediazione nel sistema penale minorile", en *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, Milano, Franco Angeli, 1998.

Mazzucato, Claudia, "Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della "reliance"", en *Rigenerare i legami: La mediazione nelle familiari e sulla famiglia*, coordinado por *Giovanna Rossi*, Milano, Vita e pensiero, 2004.

Mazzucato, Claudia, "Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito apasionante della mediazione", en *Ars Interpretandi*, Nº 9, 2004.

Melossi, Dario, *El Estado del control social*, SXXI de España Editores, 1992.

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Editorial Reppertor, 2004.

Morsch, Anke, *Mediation, statt Strafe?*, Bonn-München, Heymanns, 2003.

Muñoz Conde, Francisco/García Aran, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2ªed., Tirant Lo Blanch, 1996.

Oliver, Pedro, *Impacto y Olvido, la pena de muerte en Navarra (S. XVII-IXI)*, Pamplona, Salhaketa, 1998.

Palma Chazarra, Luhé, "La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal", tesis doctoral dirigida por Borja Mapelli Caffarena, Sevilla, 2007, disponible en www.fondosdigitales.us.es/tesis/

Pellegrini, S, *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociológico-giuridico*, Bologna, Giuffrè, 1997.

Peroni/Gialuz, *La giustizia penale consensuale*, Torino, Utet, 2004.

Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte General del Derecho penal*, Thomsom Aranzadi, 2005.

Ragués I Vallés, Ramón, "Los retos actuales de la política Criminal y la Dogmática penal", en *Pensamiento penal y criminológico, Revista de Derecho penal Integrado*, año IV, nº 6, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2003.

Redorta, Josep, *Como analizar los conflictos: la tipología del conflicto como herramienta de mediación*, Barcelona, Ed. Paidós, 2004.

RiosMartín, Julian/PascualRodríguez, Esther/Bibiano Guillén, Alfonso, *La mediación penal y penitenciaria*, Madrid, Colex, 2006.

Rios Martin/Martinez Escamilla/ Segovia Bernabé/Gallego Díaz/Cabrera /Jiménez Arbelo, *Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ*, 2008, disponible en: www.icasal.com/pdf/.../Inf%20MedPenal%20Estatat%20CGPJ.doc

Rivera, Iñaki, "La cárcel y el sistema penal", en *sistema penal y problemas sociales*, coord. Roberto Bergali, 2003.

Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Reimp., Thomson- Civitas, 2003. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo Y Javier De Vicente Remensal.

Roxin, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", traducción de Julio Maier y Elena Carranza, en *Justicia penal y sociedad*, 1991, Originariamente publicado en el libro *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de Hainz Schöch, München Ed. W. Fink, 1987.

Roxin, Claus, "Die Wiedergutmachung im System der Strazwecke" en Söch (editor): *Wiedergutmachung und Strafrecht neue kriminologische Studien*. Tomo 4. ed. Wilhelm Fink, 1987.

San Miguel, Nekane, *Cárcel y derechos humanos*, Donostia Tercera Prensa, 2003.

Sánchez Álvarez, P, "Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde", en *CGPJ, Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, 2007.

Segato, Rita Laura, "El color de la cárcel en América latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en deconstrucción", en *Nueva sociedad*, Nº 208, 2007.

Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch Editor, 1992.

Silva Sánchez, J.M, "Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación", en *PJ*, Nº 45, 3ª época, 1997.

Steinert, Heinz, "Mas allá del delito y de la pena", en *El abolicionismo penal* (Trad. cíaforini/bondanza), Buenos Aires, Editorial Ediar, 1989.

Tamarit Sumalla, *La reparación de la víctima en Derecho penal. Estudio de las nuevas tendencias político criminales*, Barcelona, Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 1994.

Valverde Molina, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias : la intervención sobre la conducta desadaptada*, Madrid, Editorial Popular, 1991.

Varona Martinez, Gema, *La mediación reparadora*, Comares, Granda, 1998.

Vezzadini, Susana, *Mediazione penale fra vittima e autore di reato*, Clueb, 2003.

Viehmann, "Täter-opfer-ausgleich uns strafrecht", en *Wiedergutmachung und strafrechtpraxis*, Bonn, Forum Verlag, 1993.

Vinyamata Camp, Eduard, *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación y negociación*, Ariel Practicum, 1999.

Vvaa, *Privación de libertad y derechos humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona (coord.), Barcelona, ACARIA, 2008.

Walter, Michael, "Täter-Opfer- Ausgleich statt Strafe", en *Wiedergutmachung und strafrechtspraxis*, Bonn, Forum Verlag, 1993.

Wacquant, "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal en Prisiones de la miseria: Estado penal y seguridad ciudadana", en *Revista Archipiélago*, Nº 55, 2003.

Zaffaroni, Raul, *La lógica del carnicero. La pena en un Estado Social y Democrático de Derecho*, disponible en: www.derechopenalonline.com